Należytość pocztowa uiszczona ryczałtem | Numer ten zawiera 48 stron druku.

Rok VII. Kraków, Wrzesień—Październik 1932. Zeszyt VIII—IX.

GŁOS ADWOKATÓW

MIESIĘCZNIK POŚWIĘCONY PRAWU I SPRAWOM ZAWODOWYM ADWOKATURY

Redaktor Naczelny: Dr. NATAN OBERLENDER
Red. Odp. Dr. JÓZEF WOŹNIAKOWSKI — Wydawca: Dr. GOLDBLATT WILHELM
Sekretarz Redakcji: Dr. WŁADYSŁAW RAPAPORT.

Adres Redakcji: KRAKÓW, Grodzka 15. — TELEFON Nr. 124-68
Adres Administracji: KRAKÓW XXII, Ul. Przy Moście 1. — Tel. 111-18.
KONTO P. K. O. KRAKÓW Nr. 405-620.

Treść zeszytu:

Adw. Dr. GOLDBLATT: Z dziedziny nowego Prawa, o ustroju adwokatury. — Sędzia STANISŁAW MACHALSKI (Wadowice): O prawie zaczepienia de lege lata b. zaboru austr. — Adw. Dr. ZYGMUNT FENICHEL: Projekt niemieckiej procedury cywilnej. — Adw. Dr. LEON GELDWERTH: Uwagi w nowem Prawie o ustroju adwokatury. — Adw. Dr. FRYDERYK KURZER (Limanowa): Odwołanie darowizny z powodu uszczuplenia zachowku. — Dr. BRONISŁAW FRÜHLING: Uwagi do wykładni art. 487 i 490 K. P. K. — Bibljografja. — Przegląd orzecznictwa.

PRENUMERATA ROCZNA 18 ZŁOTYCH, PÓŁROCZNA 9 ZŁOTYCH, KWARTALNA 4 ZŁOTE 50 GROSZY.

GŁOS ADWOKATÓW

MIESIĘCZNIK POŚWIĘCONY PRAWU
i SPRAWOM ZAWODOWYM ADWOKATURY

Sąd okręgowy w Krakowie
Wydział IV Karny
Dnia 12 października 1932 r.
IV Pr. 1166/32

Sąd okręgowy Wydział IV Karny w Krakowie na posiedzeniu niejawnem w dniu dzisiejszym po wysłuchaniu wniosku Prokuratora Sądu okręgowego w Krakowie wydał następujące

postanowienie

I. Zatwierdza się po myśli §§ 489, 493 austr. proc. karn. zarządzoną i wykonaną przez Starostwo grodzkie w Krakowie konfiskatę czasopisma Głos Adwokatów zeszyt VII. z daty Kraków sierpień 1932 z powodu treści:

1) artykułu zamieszczonego na stronie 398—400 pt. „O trybunał Konstytucyjny“ od słów „ostatnie rozporządzenie jest dalszym“ do słów „na przyszłość“ od słów „ta władza wykonawcza“ do słów „do bezstronności sędziów“ i od słowa „Rozporządzenie zawierające“ do końca artykułu, albowiem treść tych ustępów zawiera znamiona występku z art. 127 K. K.

II. Zakazuje się dalszego rozszerzania skonfiskowanej treści powyższego artykułu a zakaz ten ma być ogłoszony w przepisanej formie w najbliższym numerze czasopisma Głos Adwokatów i w dzienniku urzędowym.

III. Cały nakład skonfiskowanego druku ma być zniszczony.

Przewodniczący
Dr. Hubl w. r.

Protokulant
Kobylarz w. r

Wiceprezes Sądu okręgowego
Za zgodność
(Podpis nieczytelny)
Sekretarz

L. S.

Koledzy!

Z dniem 1 listopada br. wchodzi w życie nowe prawo o ustroju adwokatury. Jest to poniekąd nasza ustawa zasadnicza, konstytucja polskiej palestry.

W ciągu dwóch tygodni od wejścia w życie tej ustawy mają nastąpić nowe wybory w okręgu naszej Izby, a to nowych naszych organów samorządu t. j. rady adwokackiej i adwokackiego sądu dyscyplinarnego. Po ich ukonstytuowaniu się dawne nasze władze stanowe przestaną istnieć.

Zbytecznem jest rozwodzić się nad ważnością tych nowych wyborów na podstawie nowego prawa.

Wystarczy nam spojrzeć w przeszłość, przypatrzeć się smutnej teraźniejszości, a ocenimy dostatecznie doniosłość tych nowych wyborów dla naszego stanu i zawodu.

Odnośnie do przeszłości nie chcemy na nikogo rzucać kamieniem potępienia. Nam chodzi o nasze smutne „dziś" i zagrażające nam gorsze „jutro".

Dla poprawy tej naszej smutnej teraźniejszości i wywalczenia możliwej, lepszej przyszłości potrzeba nam w naszych Izbach adwokackich przedstawicielstwa i zastępstwa najlepszych, najsumienniejszych i najtęższych sił z pośród nas.

Nie chodzi tu bowiem o godności i zaszczyty, tych należy szukać gdzieindziej.

W naszych ciałach samorządu i przedstawicielstwa zawodowego chodzi jedynie o twardą, ofiarną i żmudną pracę.

Zwracamy się tedy do Was, Koledzy,

abyście przedewszystkiem w nowych wyborach tłumnie brali udział i abyście mężnym, solidarnym czynem tj. rzeczywistym wyborem i doborem naszych przedstawicieli do przyszłej Izby, dali wyraz potrzebie wydobycia adwokatury z tych odmętów zubożenia, upadku i poniżenia, w jakie ostatnie lata ją stoczyły.

W interesie własnym i ogółu prosimy Was:

Wobec doniosłości chwili zainicjujcie w naszem życiu adwokackiem nową erę. Przynajmniej w okresie przełomowym wyborów zarzućcie dzielące Was poglądy i przekonania. Zespólcie się, Koledzy, w jeden zwarty, solidarny front celem sprowadzenia poprawy w naszej adwokaturze, póki jeszcze czas!

Adw. Dr. GOLDBLATT.

Z dziedziny nowego Prawa o ustroju adwokatury.

Nowy Kodeks Adwokacki rodził się ciężko wśród zgrzytów dzielnic, we walce przeróżnych sprzecznych prądów i skłóconych tendencji, nurtujących w polskiej palestrze.

Wreszcie po 14 latach zrodził się taksamo wśród bólów i zmagań w postaci dekretu. Jak każde dzieło prawodawcze i nowy nasz kodeks wykazuje światła i cienie. Dziś poruszę na tle tego nowego prawa następujące trzy sprawy:

1) Rozpoczęcie adwokatury i wolnej przesiedlności.

2) Dopuszczenie do niej osób z poza aplikantów adwokackich i

3) usunięcie z adwokatury adwokatów z powodu niezdolności do wykonania zawodu.

Wymienione tu pod 1 do 3 sprawy unormowane zostały w nowem prawie ustrojowem sprzecznie z zasadniczemi podstawami i założeniami adwokatury i z jej szkodą. I dlatego też należy wobec kwestji tych i normujących je przepisów nowej ustawy krytyczne zająć stanowisko, w szczególności:

Ad. 1) Formalnie nowy Kodeks Adwokacki uznaje wolność zawodu adwokackiego, w naszej materji w tem rozumieniu, że każdy, kto ma ustawą przepisane kwalifikacje na adwokata, ma tez być zasadniczo do adwokatury przyjętym.

Wynika to z przepisu art. 9, stanowiącego, że *na listę adwokatów będzie wpisany*, kto posiada warunki wymienione w tym art. 9 w ustępach 1 do 6 włącznie.

Równocześnie jednak ustawodawca w tymsamym przepisie wolność zawodową adwokacką fakultatywnie ograniczył, wprowadzając w ust. 2 tego art. 9 jako warunek wpisu na listę wymóg **nieskazitelnego charakteru.**

W myśl zasad samorządu adwokackiego o wpisie na listę adwokatów decyduje Rada adwokacka we własnym zakresie działania (art. 37 i art. 3) i to na podstawie swojej swobodnej oceny zaistnienia lub braku warunków dla wpisu. Tak tedy wedle nowej ustawy rada adwokacka rozpatrując podanie o wpis na listę danego petenta, rozstrzygać będzie dyskrecjonalnie, także i przedewszystkiem kwestję, czy odnośny petent jest skazitelnego lub też nieskazitelnego charakteru i ta niczem nieskrępowana ani też nieograniczona swobodna ocena rady decydować będzie przynajmniej tymczasowo o wpisie na listę względnie o odmowie.

Ustawa terminu i pojęcia *„nieskazitelny charakter“* nie de-

finiuje i niczem nie określa. Jest to luką w ustawie. Brak ten stwarza niepewność przy wykładni i stosowaniu nowej ustawy. Pod jej panowaniem możliwe są dowolności i pokrzywdzenia petentów, zależnie od przypadkowego składu danej rady. W uwzględnieniu znacznego zróżniczkowania politycznego wyznaniowego i narodowościowego w poszczególnych częściach naszego Państwa, a więc w różnych radach, ustawa takich luk i niedomówień wykazywać nie winna.

Ustawa tedy w tym przepisie winna być uzupełnioną, a w każdym razie wydać się mające rozporządzenie wykonawcze wątpliwości te powinno usunąć.

Uważam też za niefortunne postanowienia ustawy w art. 13 o ile, pierwsze: uprawnia rady adwokackie, że mogą one na podanie o wpis wogóle nie dać petentowi odpowiedzi, a drugie, że brak odpowiedzi na podanie o wpis w ciągu trzech miesięcy od daty złożenia podania ustawa każe uważać za odmowę wpisu.

Odnośnie do kwestji pierwszej zarzucam, że jest to przepis wprost wyjątkowy i niezrozumiały. Każda władza i urząd, a więc i rada adwokacka mają w każdem cywilizowanem i uporządkowanem społeczeństwie obowiązek załatwiania spraw, więc i podań, a temsamem obowiązek dania odpowiedzi na podanie petentowi. Dlaczego ustawa od tego obowiązku ostatniego zwalnia prawie radę adwokacką i to w sprawie dla zainteresowanych życiowo doniosłej, bo decydującej o ich bycie i możności pracy, to chyba jest tajemnicą twórców ustawy. Następnie, wedle powszechnie przyjętych zasad brak odpowiedzi rady statuować raczej należało jako przyzwolenie na wpis i dokonanie wpisu.

I w tym kierunku ustawa wymaga znowelizowania w odnośnych postanowieniach.

Analogicznie z przyjęciem do adwokatury t. j. z pierwszym wpisem adwokata na listę urządza nowa ustawa przesiedlenie się adwokata z okręgu jednej izby do drugiej.

Ustawa przyjmuje i tutaj wolnoprzesiedlność formalnie. Nazywa ją zmianą siedziby. Jednakże materjalnie takie przesiedlenie się adwokata warunkuje ustawa (art. 22 zd. 2) wymogiem nowego wpisu na listę tej izby, do której adwokat chce się przesiedlić. Przy takiem tedy zamierzonem przesiedleniu się rada adwokacka nowej izby zastosuje względem podania o wpis petenta i jego osoby tęsamą procedurę jak przy przyjęciu do adwokatury (art. 9), a zatem ponownie będzie badać, *czy petent jest nieskazitelnego charakteru i znowu wedle swojej swobodnej oceny decydować będzie o jego wpisaniu na listę względnie o odmowie.*

W ten sposób poszczególne izby adwokackie mogą choćby na czas aż do rozstrzygnięcia zażaleń przez Sąd Najwyższy zupełnie swobodnie i nieograniczenie zamykać swoje okręgi przed

osiedleniem się nowych względnie przesiedleniem się gdzieindziej adwokaturę już wykonujących adwokatów.

Moim zdaniem te przepisy i możliwości ograniczeń przy rozpoczęciu zawodu i przesiedleniu się podważają wolność adwokacką jako stanu wolnego i już z tego względu zmienione być winne.

Wolne osiedlanie i przesiedlanie się adwokatów może pod warunkami art. 14 być całkowicie lub częściowo na pewien czas uchylone w pewnych miejscowościach. Ograniczenie to, wyjątkowe nie da się pogodzić z zasadą wolności zawodowej adwokackiej. **W myśl art. 14 Minister Sprawiedliwości władny jest po wysłuchaniu opinji Naczelnej Rady Adwokackiej, zarządzić w drodze rozporządzenia zamknięcie na czas określony listy adwokatów w poszczególnych miejscowościach z tem, że odrębne rozporządzenia zawierać będą bliższe postanowienia w związku z zamknięciem listy i że nie mogą one obejmować jednocześnie więcej, niż obszar dziesięciu sądów okręgowych, ani też dotyczyć osób, wymienionych w art. 10.**

Przy szczegółowej analizie tego przepisu dojść się musi do przekonania, że każdocześnie w miejsce wolności osiedlenia i przesiedlenia się nastąpić może ich ograniczenie, a nawet całkowite zamknięcie poszczególnych miejscowości dla wpisów na listę, co praktycznie przedstawia się jako *numerus clausus* względnie nawet *numerus nullus*. Ustawa bowiem daje zgóry Ministrowi Sprawiedliwości upoważnienie do zamknięcia list jednocześnie jednem rozporządzeniem w dziesięciu sądach okręgowych dla poszczególnych miejscowości w nich, decyzja takiego zamknięcia zależy tylko od uznania Ministra Sprawiedliwości, inicjatywa do wydania takiego rozporządzenia wyjść może od odnośnych rad adwokackich względnie Naczelnej Rady Adwokackiej, a Minister Sprawiedliwości wysłuchać ma tylko opinji tej ostatniej, jednak zupełnie niezależnie od niej postąpić może.

Ponieważ ustawa mówi o rozporządzeniach, więc może ich być więcej, a zatem mogą one kolejno po sobie następować tak, że w miarę uznania Ministra Sprawiedliwości zamknięciem takiem wszystkie Sądy okręgowe następowo odnośnie do poszczególnej miejscowości w nich mogą być objęte.

Taki zaś właśnie stan rzeczy doprowadzić może z czasem do tego, że cała sieć miejscowości w Państwie będzie wyjętą z pod prawa i możności rozpoczęcia w nich adwokatury i przesiedlenia się do nich z innych okręgów.

Doniosłość tego przepisu stwierdza termin ustawowy „na czas ściśle określony". A zatem Minister Sprawiedliwości sam czas zamknięcia list określi i to znowu wedle swego uznania, co powodować może zamknięcie na lata, a nawet dziesiątki lat.

Motywem ustawodawczym dla wprowadzenia w adwokatu-

rze tak ważnego ograniczenia było niewątpliwie zamierzenie zapobiegania nadmiarowi osiedlenia się adwokatów w pewnych ośrodkach tj. miejscowościach i sprowadzenie względnie utrzymanie równowagi między zapotrzebowaniem ludności a ilością adwokatów.

Motyw ten jednak pozostaje w niezgodzie z końcowem postanowieniem art. 14, wedle którego ograniczenia te nie mogą dotyczyć osób wymienionych w art. 10, z czem rozprawię się pod 2).

Ad. 2) W myśl art. 10 osoby, które mają co najmniej 2 lata służby na stanowiskach sędziego, prokuratora, wiceprokuratora lub podprokuratora sądów powszechnych, wojskowych i administracyjnych, są wolne od aplikacji i egzaminu adwokackiego. Osoby te nie mogą jednak w ciągu 5 lat od chwili opuszczenia służby obierać siedzib w tych miejscowościach, w których ostatnio sprawowali czynności sędziowskie lub prokuratorskie z tem, *że przepis ten nie dotyczy miejscowości, będących siedzibą sądów apelacyjnych.*

Dopuszcza się bez dalszych ograniczeń do adwokatury wszystkie osoby w nim wymienione, jakkolwiek do zawodu i stanu adwokackiego się nie przysposobiły, inny zawód obrały, a jedynie skutkiem zmiany warunków dobrowolnie lub nawet przymusowo ten swój obrany urząd opuściły.

Jest to uprzywilejowanie takich jednostek raz, przez dopuszczenie ich do adwokatury w ogólności, następnie ułatwienie im dostępu do adwokatury po zbyt krótkim czasie służby, a w końcu wyjątkowe ich uprzywilejowanie przez wyjęcie ich z pod ograniczeń odnośnie do zamknięcia list z art. 14.

Dopuszczenie tych osób do adwokatury we warunkach ustawą przewidzianych spowoduje formalny zalew adwokatury przez jednostki nieadwokackie, spowoduje w konsekwencji przeludnienie adwokatury, któremu ustawa przez wyjątkowe dyspozycje z art. 14 chciała zapobiec, a końcowo dokona tego procesu zubożenia i upadku adwokatury, jakiego właśnie jesteśmy w ostatnich latach świadkami i z którym ustawodawca licząc się, wprowadził w ustawie wyjątkowe ograniczenia.

Dopuszczenie wyżej wymienionych osób do adwokatury krzywdzi niezmiernie owe niezliczone rzesze aplikantow adwokackich, którzy całe swoje życie poświęcili celem przysposobienia się do adwokatury, a uzyskawszy warunki przyjęcia do niej względnie będąc już adwokatami, zawodu swego rozpocząć względnie kontynuować nie będą mogli, podczas gdy wymienione czynniki nieadwokackie dostęp do adwokatury będą miały łatwy.

Przepisy tedy art. 10 i 14, winne być odpowiednio znowelizowane także w tym względzie, aby dostęp do adwokatury zawarowany był tylko tym, którzy się jej poświęcili.

Ad 3). Po myśli art. 46, rada adwokacka zarządzi wykreślenie z listy adwokata między innemi wskutek trwałej niezdolności do wykonywania zawodu, wywołanej upadkiem sił fizycznych lub umysłowych (art. 46 u. 7).

Jest to wyjątkowa norma, w takiej stylizacji przynajmniej w żadnej ordynacji adwokackiej świata dotąd nienapotkana. Przypomina ona dyspozycje odnośnie do urzędnika względnie funkcjonarjusza państwowego, którego wskutek niezdolności do spełnienia funkcji służbowych posyła się na emeryturę. Jednakże taki urzędnik względnie funkcjonarjusz otrzymuje w miarę i za wysługę lat odpowiednie zaopatrzenie emerytalne. Ustawa nie wprowadza przymusowego ubezpieczenia adwokackiego na przypadek starości, choroby i powodowanej niemi niezdolności do wykonywania zawodu. Adwokatura jeszcze przed wojną przestała być zawodem lukratywnym. Większość adwokatów od lat, zwłaszcza po wojnie walczy o byt, a całe rzesze adwokackie żyją w nędzy. Emigracja adwokatów z małych miejscowości do większych miast jest na porządku dziennym. W tych warunkach jest wykluczonem, by adwokat mógł z adwokatury na czas niezdolności zawodowej coś zaoszczędzić. Obecnie ustawa w przypadku trwałej jego niezdolności do wykonywania zawodu każe wykreślić go z listy adwokatów. Zachodzi pytanie, co ci bezmajątkowi, ubodzy adwokaci ze sobą mają począć, którzy mieli względnie będą mieli to nieszczęście dożyć starości lub jeszcze w sile wieku popaść w ciężką chorobę fizyczną lub umysłową. Pozostaną im tylko dwie drogi: albo samobójczo zejść ze świata, albo też kołatać do dobroczynności publicznej. Izby adwokackie nigdy bowiem nie będą miały takich zasobów budżetowych, by takich nieszczęśliwców przejąć na swoje utrzymanie. Ubezpieczeni i zabezpieczeni przed nędzą nie będą.

Otóż takie wykreślenie z listy żadnemi względami rzeczowemi usprawiedliwić się nie daje. Skrzywdzi ono niepomiernie stan adwokacki i stanowi dla naszej adwokatury poważne niebezpieczeństwo na przyszłość.

Pozatem tak skonstruowana norma jest niejasną i daje pole i możność do dowolności w praktycznem stosowaniu.

Wedle ogólnych zasad a także nowego prawa o ustroju adwokatury adwokat może się wyręczyć substytutem t.j. swoim aplikantem względnie drugim adwokatem. Niewiadomo, dlaczego adwokatowi także w przypadku choroby fizycznej zamykać kancelarję, pozbawiać jego i jego rodzinę chleba, jeżeli jest w pełni zdrowia umysłowego i przy pomocy substytuta swoje zadania i obowiązki odpowiedzialnie wypełniać może.

Niemniej przyznanie radzie adwokackiej tak doniosłych atrybucji bez ścisłych kauteli ustawowych idzie za daleko i powodować może w życiu praktycznem szkodliwą arbitralność.

Z tych względów ustawa w danym przepisie winna być zmienioną przez ściślejsze i zupełnie jasne określenie warunków wykreślenia adwokata z listy z powodu niezdolności do wykonywania zawodu a conajmniej przez umieszczenie w ustawie wyraźnego przepisu, że w tym przypadku adwokat taki ma prawo względnie obowiązek ustanowienia sobie substytuta i prowadzenia pod jego nadzorem i odpowiedzialnością kancelarji adwokackiej.

Ze stanowiska słuszności i sprawiedliwości należy raczej powyższe postanowienie art. 46 u. 7, zupełnie skreślić. Jest ono także zbyteczne, skoro bowiem adwokat z powodu przyczyn w ustępie tym wymienionych — **faktycznie** przestanie wykonywać swój zawód więc pozostanie być adwokatem, nikt i tak do niego o pomoc prawną zwracać się nie będzie.

Postulat ten jest dla nas adwokatów zasadniczego znaczenia. Mam też przekonanie, że cały polski stan adwokacki bez różnicy przynależności i zapatrywań domagać się będzie odpowiedniej korektury nowej naszej ustawy.

STANISŁAW MACHALSKI sędzia okręgowy.
(Wadowice).

O prawie zaczepienia de lege lata b. zaboru austr.

Prawo zaczepienia czynności prawnych zdziałanych na szkodę wierzycieli normuje przepis § 8 ord. zacz. b. austr. Krótki, lecz ważki w skutki ten przepis opiewa jak następuje: „Prawo zaczepienia przysługuje każdemu wierzycielowi, którego wierzytelność bez względu na czas jej powstania jest wykonalną, o ile egzekucja na majątek dłużnika nie doprowadziła do zupełnego zaspokojenia, albo też przyjąć należy, że nie doprowadzi do tego.

Zaczepienie można dochodzić skargą albo zarzutem".

Krytyczny rozbiór tego przepisu wykazuje, że przepis ten oprócz a) właściwego uprawnienia wierzyciela do zaczepienia czynności prawnej (działania lub zaniechania prawne), obejmuje nadto jako dalsze kryterja, nieodzowne dla każdego zaczepienia, b) brak zaspokojenia jako istotny warunek każdego zaczepienia a więc jako kryterjum, sui generis, które w innych wypadkach dochodzenia prawa np. skargi o zapłatę i t. p. nie ma żadnego zastosowania, c) sposób czyli drogę zaczepienia.

Ad a). Prawo zaczepienia ze względu na swą istotę przedstawia się jako środek nadzwyczajny, który w centralnym

swym założeniu wysuwa dążność do stworzenia dla wierzyciela takich nowych możliwości do uzyskania zaspokojenia wierzytelności wierzycieli, których on poprzód zwyczajnymi sposobami np. prowadzeniem egzekucji i t. p. nie posiadał. Pomimo to prawo zaczepienia nie jest środkiem samoistnym, lecz środkiem subsydjarnym czyli pomocniczym, którego byt jest zależnym od istnienia wierzytelności, dla której prawo zaczepienia uzyskane zostało. Bez wierzytelności zatem nie może nastąpić odstąpienie ani też zgaśnięcie roszczenia zaczepnego ani też prawa do zaczepienia w ogólności.

Prawo zaczepienia jest uprawnieniem podmiotowem, które presumując istnienie wierzytelności, może nastąpić tylko w wypadkach ściśle określonych. Są to t. zw. przyczyny zaczepienia. Przyczyny te wylicza ordynacja zaczepna w sposób wyczerpujący (erschöpfend), jednak nie wyłączny. Przyczyny te bowiem mogą konkurować (schodzić się) z nieważnościami lub przyczynami unieważnienia czynności prawnej wedle prawa cywilnego a czy wzgl. która z nich w danym wypadku ma mieć zastosowanie należy wyłącznie od wyboru wierzyciela.

Przyczyny zaczepienia skutkują jednakowo tak w razie konkursu jak i poza konkursem a wspólną ich cechą jest to, że tak w razie konkursu jak i poza konkursem dopuszczalne są zasadniczo w dwóch grupach wypadków, które zaczerpnięto z prawa cywilnego tj. że każda czynność prawna zdziałana na szkodę wierzycieli może uledz zaczepieniu, bądź z powodu znanego stronie drugiej zamiaru pokrzywdzenia, bądź z powodu obdarowania na szkodę wierzycieli. Ponadto co się tyczy kontraktów kupna sprzedaży, zamian lub dostaw, zawartych w ostatnim roku przed zaczepieniem, to podlegają one zaczepieniu bez względu na zamiar pokrzywdzenia, jeżeli strona druga mogła poznać z okoliczności trwonienie krzywdzące wierzycieli (§ 2 ust. 4 ord. zacz. i § 28 ust. 4 ord. upadł.).

Przyczyny zaczepienia stanowią nieodzowną podstawę każdego zaczepienia.

Ad b). Prawo zaczepienia służy dla zrealizowania wierzytelności, którego pojęcia sam tylko przepis § 8 ord. zacz. nie wyjaśnia. Dlatego też przepis § 8 ord. zacz. pozostaje w bezpośrednim związku z przepisami §-u 1 i §-u 13 ord. zacz. które nawzajem się uzupełniają. W szczególności przepis § 1. ord. zacz. postanawia, że czynności prawne (działania i zaniechania), dotyczące majątku dłużnika mogą uledz zaczepieniu i na tej podstawie mogą być uznane za bezskuteczne w celu zaspokojenia wierzyciela, a ponieważ na podstawie przepisu § 13 ord. zacz. może wierzyciel żądać tego, co z majątku dłużnika ubyło, zostało pozbyte lub urojone (entgangen, veräussert oder aufgegeben worden ist), przeto nie ulega żadnej wątpliwości, że § 13 ord. zacz. wyjaśnia, na czem polega bezskuteczność

działania lub zaniechania prawnego. W związku z tymi przepisami pozostający przepis § 12 ord. zacz. postanawia, że jeżeli zaczepienie odbywa się skargą, wówczas należy określić w skardze, w jakim rozmiarze i w jaki sposób obowiązany jest pozwany świadczyć coś lub znosić celem zaspokojenia wierzyciela. Z przepisów tych w łączności pozostających wynika tedy ponad wszelką wątpliwość, że czynność prawna co do swej skuteczności nie może sama przez się przez zaczepienie być zniesioną, tylko że roszczenie zaczepne uzasadnia wierzytelność, (Forderung), przeciwko przeciwnikowi zaczepienia, której to wierzytelności treścią jest możność uchylenia niekorzystnego skutku czynności prawnej zdziałanej lub zaniechanej na szkodę wierzyciela, przyczem atoli, jak to słusznie przepis § 8 ord. zacz. postanawia, — ani czas powstania wierzytelności, ani też jej podstawa prawna nie mają żadnego znaczenia prawnego na prawo zaczepienia jako takie. W zasadzie bowiem czynność prawna (działanie lub zaniechanie) nie mieści w sobie niczego zabronionego, a tylko jej szkodliwość dla wierzyciela stanowi o zaczepieniu tak, iż obojętną z punktu widzenia prawa musi przedstawiać się okoliczność, czy wierzytelność powstanie pierwej lub później od zaczepianej czynności prawnej. Również bez znaczenia prawnego uznać należy podstawę wierzytelności. Żądanie zasadniczo winno opiewać bowiem na świadczenie lub znoszenie, a jedynie tylko, w tym wypadku opiewać ono będzie na pieniądze, jeżeli na rzeczach, które należy zwrócić trzecie osoby nabyły prawa nie ulegające zaczepieniu, gdyż wówczas w miejsce świadczenia na świadczenie lub znoszenie wejdzie żądanie na świadczenie w pieniądzach jako surrogat wynagrodzenia szkody. (§ 14 ord. zacz.).

Nie każda wierzytelność jednak nadaje się do zaczepienia. Wedle § 8 ord. zacz. zaczepienie jest możliwe tylko wtedy, gdy nieściągalna wierzytelność jest wykonalną. Te więc dwa warunki: nieściągalności i wykonalności wierzytelności znane pod ogólną nazwą braku zaspokojenia, stanowią conditio sine qua non każdego zaczepienia. Wyjątek stanowi tylko przepis § 9 ord. zacz. wedle którego przed wykonalnością lub ściągalnością wierzytelności można zawiadomić pismem, doręczonym przez sąd lub notarjusza, przeciwnika zaczepienia o zamiarze zaczepienia z tym skutkiem, że kres do zaczepienia liczy się wstecz od czasu doręczenia, o ile przyjąć należy, że egzekucja prowadzona na majątek dłużnika już w czasie tego doręczenia nie byłaby doprowadziła do zupełnego zaspokojenia wierzyciela, a zaczepienie nastąpiło do upływu pewnego czasu (dwa lata).

Ze względu na wymóg wykonalności wierzytelności, zaczepiający ma obowiązek naprowadzenia i udowodnienia i to do zamknięcia rozprawy przed sądem I instancji (§ 406 p. c. b. austr.), że wierzytelność jest wykonalną i to pod warunkiem oddalenia skargi i od warunku tego jako podstawowego może

go uwolnić tylko przyznanie przeciwnika w myśl zasady, że okoliczności przyznanych nie trzeba udowadniać.

Atoli pojęcia braku zaspokojenia nie należy mięszać z prawem ścigania (Verfolgbarkeit) z powodu niezapłaty. Nie rozchodzi się bowiem o to, by istniejące już roszczenie przeciwko oznaczonej osobie wymagało ochrony prawnej, lecz o to, by wskutek braku zaspokojenia powstało nowe dotąd nie istniejące roszczenie przeciwko przeciwnikowi zaczepienia.

Wymóg wykonalności jako podstawy zaczepienia musi zachodzić, bo prawo zaczepienia niema bytu samodzielnego, jak to już wyżej wykazano, lecz ma charakter pomocniczy i dlatego zachodzi on wówczas, jeżeli wierzytelność, o której zaspokojenie wierzyciel występuje przeciwko przeciwnikowi zaczepienia, może bezwłocznie prowadzić egzekucję.

Kto zatem z jakiegokolwiek powodu nie może wystąpić z wnioskiem o przymusowe ściągnięcie, ten nie ma prawa wystąpić z roszczeniem zaczepnem.

Wykonalność polega zatem na tytule egzekucyjnym. Jaki to jest tytuł egzekucyjny natomiast jest rzeczą zupełnie obojętną. Każdy tytuł bowiem wystarcza, bez względu na to, czy to tytuł z § 1 lub 2 ord. egz. b. austr. Także tytuł zagraniczny z § 79 ord. egz. b. austr. Nie wystarczy jednak tytuł, na podstawie którego można prowadzić tylko egzekucję na zabezpieczenie, bo sprzeciwiałoby się to wyraźnemu brzmieniu §§ 1 i 12 ord. zacz. jak i wymogowi nieściągalności wierzytelności. Ponadto tytuł ma być takim, by był zdolnym do zaspokojenia w pieniądzach. Nie wystarcza więc tytuł, który do urzeczywistnienia roszczenia wymaga nastąpienia pewnego warunku lub terminu i dlatego akt notarjalny, który wykonalność roszczenia czyni zależną od pewnego oznaczonego terminu, jest wykonalnym dopiero po upływie tego terminu (§ 3 ust. 2 ord. not). Natomiast wymóg zapadłości obok wykonalności nie jest potrzebny i to w przeciwieństwie do niemieckiej ordynacji zaczepnej, która w § 2 ten wymóg zapadłości podnosi do istoty zaczepienia. (Wedle judykatury Sądu Najwyższego przyjętą została wykonalność poszczególnych rat, jeszcze niezapadłych rat alimentacyjnych, przyznanego wyrokiem utrzymania, roszczenie bowiem samo jako takie było wykonalne).

Wykonalność roszczenia może być zależną także od świadczenia wzajemnego (Zug um Zug), w wypadku tym jednak przeciwnik zaczepienia może żądać stosownie do przepisu § 13 ord. zacz., by do świadczenia został skazanym tylko za świadczeniem wzajemnem.

Z powstaniem tytułu egzekucyjnego łączy się niezaprzeczalność pretensji. Wobec tego zachodzi pytanie, czy prawomocność tytułu egzekucyjnego działa także przeciwko przeciwnikowi zaczepienia, a w szczególności, czy przeciwnik zaczepienia może zaprzeczyć w części lub w całości wierzytelność wie-

rzyciela do jego dłużnika, co oczywiście nie może pozostać bez wpływu na legitymację czynną.

Otóż w tej mierze jest rzeczą niewątpliwą, że:

1) zarzuty, które może podnieść dłużnik przeciwko tytułowi egzekucyjnemu przysługują także przeciwnikowi zaczepienia, ponieważ ten ostatni musi świadczyć tylko w tym celu, by poprowadzić do zaspokojenia wierzytelności i dłużnika;

2) przeciwnikowi zaczepienia służy także zarzut kolluzji t. j. oszukańczego porozumienia się wierzyciela z dłużnikiem. N. P. służy każdocześnie przeciwnikowi zaczepienia zarzut, że w akcie notarjalnym lub w ugodzie sądowej dłużnik uznał dług nieistniejący lub dopuścił rozmyślnie do wyroku zaocznego na skargę o takie roszczenie.

Natomiast bez żadnego ograniczenia wolno jest przeciwnikowi zaczepienia zaprzeczyć istnienie wykonalnej wierzytelności i to wraz z całym stanem faktycznym tejże wykonalnej wierzytelności nawet w tym wypadku, jeżeli wierzytelność przeciwko dłużnikowi, opartą jest na wykonalnym wyroku. Roszczenie zaczepne jest bowiem całkowicie niezależnem od pierwotnego stosunku dłużnego i dlatego przeciwnik zaczepienia może się bronić także na podstawie własnego prawa, musi jednak zaprzeczyć wykonalność wierzytelności imieniem własnem, a nie dłużnika. W szczególności może on twierdzić, że wierzytelność nigdy nie powstała, albo nawet że zgasła, przyczem również jest rzeczą obojętną, czy wedle twierdzenia przeciwnika zaczepienia stało się to po wyroku lub przed nim, np. wskutek częściowej upłaty. Także i ciężar dowodu reguluje się tak samo jak w wypadku procesu wierzyciela przeciwko poręczycielowi o zapłatę. Wierzyciel ma udowodnić powstania wierzytelności, a przeciwnik zaczepienia swoje zarzuty. Jeżeli jednak przeciwnik zaczepienia twierdzi, że wykonalna wierzytelność komu innemu, aniżeli zaczepiającemu wierzycielowi przysługuje, to w tym wypadku nie zaczepia on stanu faktycznego skargi zaczepnej, lecz legitymację czynną, czego mu czynić wobec wykonalności tytułu nie wolno.

Natomiast co się tyczy *wymogu nieściągalności* (Uneinbringlichkeit) to pojęcia tego nie należy łączyć z niewypłacalnością, w szczególności nieściągalność zachodzi bowiem już wówczas, gdy prowadzenie egzekucji nie jest zdolnem do przyniesienia wierzycielowi zupełnego zaspokojenia jego wykonalnej wierzytelności, a ma ono miejsce nie tylko wtedy, 1) gdy egzekucja pozostała bez skutku, lecz także, 2) gdy z okoliczności wynika, że prowadzenie egzekucji do niczego konkretnego nie będzie mogło doprowadzić. Atoli ze względu na majątek dłużnika w obu wypadkach pozostawione jest uznaniu Sądu, czy już jednorazowe bezskuteczne prowadzenie egzekucji wystarczy jako dowód nieściągalności. Natomiast, gdy po większem bezskutecznem usiłowaniu egzekucji znajdzie się jeszcze majątek

dłużnika podlegający egzekucji, to już ta sama okoliczność i to samo przez się musi spowodować oddalenie wierzyciela z jego skargą.

Pod pojęcie *majątek* należy rozumieć taki majątek, który tak ze względów prawnych jak i faktycznych podpada pod egzekucję. Dlatego pod to pojęcie nie podpadają: przedmioty znajdujące się w niewiadomym miejscu n. p w Ameryce, wierzytelności niewypłacalnych dłużników, prawem zastawu przeciążone rzeczy, prawo mieszkania i tp.

Natomiast jest obojętna okoliczność, czy majątek nie wystarczy na zupełne zaspokojenie wierzyciela, wystarczy już bowiem, jeżeli majątek dłużnika nie wystarczy choćby na częściowe jego zaspokojenie.

Jak w każdym wypadku tak i tutaj w tym celu wystarczy przyznanie dłużnika, że majątek jego nie wystarcza na całkowite pokrycie pretensji wierzyciela. Możliwy jest jednak dowód z rzeczy wywiadowczych n. p. z książek handlowych, świadków, a także okoliczności mogą dostarczyć tego dowodu n. p. ucieczka dłużnika, ukrywanie się itd.

Ad. c). *Urzeczywistnienie prawa zaczepienia.*

Może ono nastąpić w drodze sądowej lub pozasądowej. Pozasądowe zaczepienie posiada jednak znaczenie pozasądowe upomnienia, (§. 1334 u. c.) i jako takie posiada następujące skutki:

1). Świadczenie przeciwnika zaczepienia pozasądowe ma znaczenie zapłaty i dlatego płacący nie musi się powoływać na przepis §. 1431 u. c. a mianowicie, że płacił z powodu błędu.

2). Dobra wiara nabywcy nieodpłatnego świadczenia trwa tylko do czasu pozasądowego upomnienia.

3) Zaniechanie pozasądowego upomnienia może spowodować ujemne skutki na koszta sporu, które wierzyciel będzie musiał zapłacić swemu przeciwnikowi stosownie do przepisu § 45 p. c., jeżeli nie dał powodu do skargi i żądanie na I. Audjencji uznał.

Natomiast pozasądowe upomnienie nie ma żadnego wpływu na czasokresy do zaczepienia z wyjątkiem przepisu § 9 ord. zacz. o czem już wyżej wzmiankowano.

Wierzycielowi, który swoje roszczenie chce urzeczywistnić w drodze *sądowej*, ustawa dozwala dwóch sposobów: skargi i zarzutu. Wyliczenie to nie jest jednak wyczerpującem. Każdy bowiem sposób sądowego urzeczywitinienia jest w tym celu dopuszczalny i do zachowania czasokresu zaczepienia wystarczający. W szczególności można urzeczywistnić swoje roszczenie zaczepne w drodze rozszerzenia skargi, wytoczonej przeciwko przeciwnikowi zaczepienia na jakiejkolwiek innej podstawie prawnej, w drodze zgłoszenia wierzytelności w konkursie przeciwko przeciwnikowi zaczepienia (jednak nie w postępowaniu ugodo-

wem), w toku egzekucji przeciwko przeciwnikowi zaczepienia i w drodze zarzutu w postępowaniu spornem.

Skarga zaczepna przedstawia jednak zwyczajną postać zaczepienia. Tak bowiem kwestja zaczepialności jako takiej jest sama przez się niejednokrotnie sporną, a ponadto przeciwnik zaczepienia w razie pozasądowego świadczenia może narazić się na niebezpieczeństwo, że dłużnik stosownie do przepisu § 15 ord. zacz. (a inny wierzyciel stosownie do przepisu § 18 tejże ord.) uczyni zarzut bezzasadności roszczenia zaczepnego.

Zaczepienie w drodze zarzutu posiada przedewszystkiem ważne znaczenie przy wszelkiego rodzajach skarg ekscyndyjnych (§. 37 ord. egz.) a wszczególności, jeżeli pozbycie rzeczy nastąpiło bez rzeczywistego oddania w posiadanie przez constitutum possesorium.

Do zachowania czasokresu jest wystarczającem wniesienie do Sądu pisma (skargi, odpowiedzi na skargę, zgłoszenia wierzytelności w konkursie) zawierającego żądanie urzeczywistnienia. W tym wypadku, jak i wówczas gdy pismo, ma charakter przygotowawczy, skuteczność zgłoszenia ocenia się od chwili wniesienia odnośnego pisma. Jeżeli jednak zaczepienie urzeczywistniono podczas ustnej rozprawy, bez poprzedniego wniesienia pisma przygotowawczego, podczas rozprawy w procesie lub podczas audjencji rozdziałowej w postępowaniu egzekucyjnem, natenczas prawo zaczepienia urzeczywistnia się dopiero z tą chwilą.

Adw. Dr. ZYGMUNT FENICHEL

Projekt niemieckiej procedury cywilnej.

I. Niemiecka procedura cywilna z 1877 zmieniona w 1898, 1924 itd. zawierająca zarazem przepisy egzekucyjne uważaną była w Niemczech za „powolną", utrudniającą realizację roszczeń.

Z tego to powodu powołano już w 1920 w Ministerstwie sprawiedliwości komisję dla przygotowania nowej procedury.

Już nowela z 13/II. 1924 wprowadziła pewne ulepszenia w szczególności usunęłą wpływ stron na termina, wprowadziła t. zw. rozstrzygnięcie na podstawie aktów, wzmocniła władzę sądu w kierowaniu procesem, władzę sędziego jednostkowego w sądzie okręgowym, wprowadziła t. zw. „Sprungrevision" (z I. instancji wnosi się rewizję do III. instancji).

Obecnie ogłosiło Min. Sprawiedl. nowy projekt, którego celem jest, by zasady reformy przez teoretyków, praktyków przedyskutowane zostały. Projekt zamierza przyspieszyć, uprościć i zracjonalizować postępowanie, uwzględniając tę okolicz-

ność, że dzisiejsze państwo porzuciło już zasady liberalne utrwalone w proc. cyw. z 1877, wobec czego stanowisko sądu musi być inaczej ujęte. Proces nie może być pojmowany jako instytucja opanowana przez strony i istniejąca dla stron, lecz należy w nim widzieć urządzenie społeczne. Te nowe myśli znalazły wyraz częściowo w samej procedurze (w ścisłem tego słowa znaczeniu) w większej jednakże mierze w przepisach o egzekucji.

II. Podstawą projektu jest proces w sądzie grodzkim, a nie w sądzie okręgowym (w odróżnieniu od art. 390 polskiego kpc.) Projekt wychodzi z słusznego założenia, że regułą jest dziś proces w sądzie grodzkim, a wyjątkiem spór w sądzie okręgowym ($^1/_{10}$ wszystkich spraw), wobec czego należy szczegółowo uregulować spór w sądzie grodzkim i na nim oprzeć spór w sądzie okręgowym.

Zasadniczą nowością wprowadzoną z powodu innego „nastawienia" państwa jest doręczenie z urzędu (§ 134). Jest ono w odróżnieniu od dotychczasowej proc. regułą, podczas gdy doręczenie przez strony jest wyjątkiem Przez takie ujęcie zbliża się projekt do proc. austr. i kpc. (art. 143).

Wedle § 50 projektu stroną jest nie tylko ten, kto prowadzi spór sam albo jako zastępca, ale też ten, kto nie będąc zastępcą ustawowym, prowadzi spory z urzędu (kraft Amtes) broniąc obcych interesów (zarządca konkursowy, wykonawca testamentu). Przepis ten rozstrzyga stary spór, czy osoby powyższe są stroną.

Uczestnictwo sporu jednolite zbudowane jest na analogicznych podstawach jak w proc. austr. i polskiej. Projekt dodaje nowy przypadek jednolitego uczestnictwa koniecznego, który zachodzi wtedy, gdy w odnośnym sporze wydanie odmiennych orzeczeń byłby sprzeczne z logiką (n. p. inne rozstrzygnięcie w sporze właściciela z lokatorem, a inne z sublokatorem).

Jakkolwiek w ostatnich czasach odzywały się w Niemczech poważne głosy (Schiffer) za nadaniem większego znaczenia dowodowi z dokumentów kosztem dowodu z świadków (art. 272 polskiego kpc.) to jednak projekt niem. za głosami temi nie poszedł. Jedynie w § 95 w rozdziele do kosztach o tyle dowód z dokumentów uprzywilejowano, że wygrywająca strona może być zasądzona na zapłatę kosztów, o ile nie sporządziła dokumentu stwierdzającego transakcję, albo też dokument jest niejasnym i niezupełnym. Wedle tego samego przepisu strona wygrywająca zapłaci koszta, o ile odnośna kwestja prawna była wątpliwą.

Podobnie jak art. 112 polskiego kpc zezwala na przyznanie prawa ubogich osobie prawnej, przyznaje również § 117 projektu niem. prawo to nie tylko osobom prawnym, ale i stronom „na podstawie urzędu".

Ciekawe myśli wprowadzają § 210—212. Wedle § 210 może powód na wypadek oddalenia z roszczeniem głównem żądać zasądzenia na roszczenie drugie, nawet jeśli wniosek ten

opiera się na innej podstawie faktycznej i prawnej. Nie jest to wniosek ewentualny, gdzie powód żąda na podstawie *tego samego stanu faktycznego i prawnego* zasądzenie albo na pierwsze albo na drugie roszczenie, lecz jest to *skarga ewentualna* z dwoma roszczeniami, opartemi na innej podstawie faktycznej i prawnej.

Wnioski ewentualne reguluje § 211 wedle którego żądający wydania rzeczy może na wypadek nieuzyskania tejże rzeczy w drodze egzekucji żądać zasądzenia na zapłatę odszkodowania.

Rozprawa ustna rozpoczyna się rozprawą mającą prowadzić do pojednania (Güteverfahren). Nie jest postępowanie to czemś odrębnem od rozprawy głównej, (jak dotąd) lecz integralną częścią rozprawy głównej, gdyż próby dotychczasowe, prowadzone przez innego sędziego, a nie tego który w przyszłości ma spór prowadzić, nie doprowadzały do korzystnych rezultatów.

Ograniczenie zasady ustności wprowadziła już nowela z 1924, a za nią utrzymuje je i obecny projekt w formie t. zw. rozstrzygnięcia na podstawie aktów (339). Jeśli mianowicie jedna strona nie jawi się do ustnej rozprawy, może sąd na wniosek strony przeciwnej wydać orzeczenie na podstawie aktów, o ile stan sprawy jest dostatecznie wyświetlony.

W dziale o sądach polubownych wprowadzono szereg ciekawych zmian. Wedle § 738 projektu zapis na sąd polubowny jest bezskuteczny, jeśli jedna strona wykorzystując swą przewagę ekonomiczną lub socjalną zmusiła stronę przeciwną do zawarcia układu albo do przyjęcia warunków, na podstawie których przyznano przewagę przy nominacji lub wyłączeniu sędziów jednej stronie.

Zapis na sąd polubowny o ile dotyczy przyszłych sporów musi być zawarty w formie pisemnej. Brak tej formy może być sanowany przez wdanie się w spór. Wedle § 754 orzeczenie sądu polubownego ma skutki umowy, ustalającej między stronami dany stosunek prawny (Feststellungsvertrag). Orzeczenie tego sądu niema skutków wyroku sądu państwowego (jak wedle § 1040 proc. niem. i ust. 508 polskiego Kpc. Wedle motywów takie ujęcie wyroku sądu polubownego zgodne jest z współczesną teorją; przepis ten spotkał się z ostrą krytyką.

Sędziowie państwowi mogą jak dotąd być sędziami polubownymi (wbrew projektowi Heilberga, inaczej art. 489 kpc), a sędziowie winni jedynie zachować w tajemnicy to, o czem się dowiedzieli w toku sporu.

Projekt pojmuje przymus adwokacki jako konieczność *w pierwszym rzędzie* wymiaru sprawiedliwości (str 291 motywów), uważa jednak, że t. zw. lokalizacja adwokatury winna być nadal zostawioną, gdyż adwokat występujący stale przed danym sądem, najlepiej strony zastąpić potrafi. Przymus ten

obowiązuje przed sądem okręgowym i sędziami wyższych instancyj (art, 86 kpc.) stronie wolno jednak samej zawrzeć ugodę i uznać roszczenie (identycznego art. 92 polskie k. p. c.). Przy doręczeniu skargi wzywa się stronę przeciwną, by ustanowiła sobie adwokata mającego prawo do zastępstwa w tym sądzie i podała zarzuty oraz środki dowodowe. Zgodnie z żądaniem adwokatury wstawiono postanowienie (§ 748), że adwokaci muszą być dopuszczeni jako pełnomocnicy przed sąd polubowny a umowy przeciwne są bezskuteczne. Postanowienie to zostało przez naukę z zadowoleniem przyjęte*).

III. Silny wpływ na projekt niemiecki wywarła proc. austr. Dotyczy to doręczenia z urzędu (Amtsbetrieb) i wymogu pisemności przy zapisie na sąd publiczny dla sporów przyszłych. Obok tych zmian już umówionych widoczny jest dalszy wpływ. I tak wedle § 228 strony muszą w sądzie podawać prawdę, jednak jak w proc. austr. przepis ten jest bez sankcyj.

Wielką nowością jest wprowadzenie dowodu z przesłuchania stron (§ 434). Dowód ten przeprowadza sąd tylko na wniosek strony, która miała obowiązek daną okolicznością udowodnić w ten sposób, że słucha stronę przeciwną (różnica z art. 330 polskiego kpc. i § 371 proc. austr.) W ten sposób zniesione zostały przysięgi stron, którym zarzucano, że utrudniają odkrycie prawdy i wykluczają swobodną ocenę dowodów.

Na wzór austr. postępowania bogatelarnego wprowadzono dla spraw do 100 marek niem. t. zw. „Schiedsurteilverfahren" w którem sąd określa postępowanie wedle swobodnego uznania. Sąd może wydać wyrok nawet bez rozprawy i może uwzględnić zarzuty pisemne strony niejawiącej się na rozprawie.

Ujęcie przyczyny restytucji zbliża projekt niemiecki do polskiego kpc. (art. 190). Wedle § 187 strona może żądać przywrócenia omieszkanego terminu, jeśli mimo staranności stosownie do okoliczności była przeszkodzoną. Za judykaturą niem. wbrew tekstowi ustawy porzucono jako podstawę do restytucji „nieuchronne siły przyrody".

W sprawach małżeńskich proponuje się zniesienie udziału prokuratora, gdyż udział ten okazał się mało praktycznym. Wysunięto nadto myśl utworzenia „sądów małżeńskich" (Ehegericht) złożonych z sędziego grodzkiego i 2 laików, mężczyzny i kobiety.

W motywach (str. 357) omawianą jest myśl, która w Polsce ma być wkrótce zrealizowaną, a mianowicie wprowadzenie sędziego jednostkowego do sądu apelacyjnego. *c. d. n.*

---

*) Prof. Kisch Das Schiedsgerichtsverfahren Jur. Woch. 49/31.

Adw. Dr. LEON GELDWERTH

Uwagi o nowem Prawie o ustroju adwokatury.

I. Każda ustawa, która dzieło unifikacji prawnej zbliża do realizacji, przyczynia się do wzmocnienia fundamentów, na których odbudowuje się polska jednolita państwowość, jest zatem czynem państwowo-twórczym pierwszorzędnego znaczenia. Nic też dziwnego, że Rząd tak skwapliwie skorzystał z udzielonych mu przez Sejm pełnomocnictw i w krótkim czasie ogłosił szereg ustaw, tak głęboko w życie prawne i społeczne się wrzynających.

Jasną jest rzeczą, że samo ogłoszenie ustaw i formalne wprowadzenie ich w życie nie jest jeszcze unifikacją faktyczną, bo do tego potrzeba zupełnego przyswojenia społeczeństwu jednolitego ducha prawnego, z ustaw tych wiejącego, słowem, potrzeba takiego stosowania w życiu tych ustaw, któreby nie pozwalało na odżywanie partykularyzmu dzielnicowego a doprowadziło do usunięcia tej psychicznej barjery, jaką zabory wytworzyły a propaganda lokalnych patrjotów sztucznie utrzymała.

Z tego widocznie założenia wychodząc, Rząd prawie równocześnie z ogłoszeniem i wprowadzeniem w życie ustaw ważnych i doniosłych dla życia prawnego i społecznego, przystąpił do jednolitego unormowania ustroju adwokatury jako stanu, który przy stosowaniu ustaw do życia codziennego i należytej jej wykładni odgrywa tak ważną rolę. Tak więc jednolity ustrój adwokatury dotąd kordonami dzielnicowemi krępowanej, ma umożliwić adwokatowi spożytkowanie swej wiedzy i swych zdolności dla dobra państwa i społeczeństwa bez ograniczenia do jednej dzielnicy.

II. Jeśli mamy dać odpowiedź na pytania, czy ustawodawca w nowem prawie o ustroju adwokatury okazał należyte zrozumienie dla zasadniczych postulatów, wysuwanych przez stan adwokacki, a dla spełnienia ważnego zadania adwokatury koniecznych, czy wszystkie postanowienia są zgodne z celem jednolitego prawa o ustroju adwokatury wreszcie czy należy się spodziewać po tej ustawie należytego i zdrowego rozwoju adwokatury w Polsce, to na pytanie to odpowiedzi twierdzącej bez bardzo poważnych zastrzeżeń dać nie możemy. Jakkolwiek bowiem nie brak w ustawie postanowień, zgodnych z zasadniczemi ideowemi postulatami stanu adwokackiego, które z zadowoleniem i uznaniem powitać należy, to jednak obok tych postanowień zawiera ustawa i takie które kryją w sobie groźne niebezpieczeństwo dla przyszłości wolnej i niezawisłej adwokatury w Polsce.

Do korzystnych i celowych postanowień ustawy zaliczam art. 14 który w sposób zupełnie zadowalniający normuje wolność słowa i pisma, bez której niepodobna wyobrazić sobie należytego spełniania zadań adwokata.

Warunki przyjęcia do adwokatury zostały w art. 9 określone wyczerpująco i w sposób który — jak się spodziewać należy, — nie da powodu do dowolności; z zadowoleniem też podnieść należy że nie przejęto z projektu Komisji Kodyfikacyjnej wymogu „kwalifikacji" osobistych", który dopuszczając dowolną interpretację, mógłby stać się w rękach partyjników dzielnicowych wygodnym instrumentem do sabotowania konstytucją zastrzeżonego prawa obrania i wykonania zawodu na całym obszarze państwa polskiego.

Skargę przeciw odmówieniu przez radę adwokacką wpisu na listę adwokatów, poddano słusznie i zgodnie z wysuwanym przez nas na łamach naszego czasopisma postulatem, rozstrzygnięciu Sądu Najwyższego, przyczem zastrzeżono przedstawicielowi rady adwokackiej oraz skarżącemu prawo złożenia wyjaśnień (art. 13). Za słuszne uważamy zakreślenie terminu do odpowiedzi na żądanie wpisu na listę adwokatów. Rygor jednak braku odpowiedzi winien być ten, że brak odpowiedzi równa się zgodzie na wpis a nie odmowie wpisu. Uważamy termin 3 miesięczny za zbyt długi i krzywdzący dla petenta, który po długiej aplikacji i egzaminie chciałby jaknajprędzej osiągnąć upragnione stanowisko.

Zadziwić musi brak w ustawie jakiegokolwiek przepisu, któryby określił stanowisko, jakie ma zająć rada adwokacka tej Izby, do której już wpisany na listę adwokatów chce się przenieść. Czy i tu rada adwokacka ma przeprowadzić dochodzenia co do nieskazitelności charakteru mimo, że przenoszący się adwokat już dawno w okręgu innej Izby zawód swój bez zarzutu wykonuje i postępowanie dyscyplinarne przeciw niemu nie jest w toku? Logika i konsekwencja nakazuje dać na to pytanie odpowiedź przeczącą, niemniej jednak należało dla uniknięcia wątpliwości sprawę tę jasno unormować.

Zasada samorządu adwokackiego, będąca koniecznym warunkiem zdrowego rozwoju adwokatury została w omawianem rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej uszanowaną, choć niepotrzebnie krępowaną przez instytucję Rady Naczelnej. Samorząd nie znosi centralizacji i dlatego nieraz dałem wyraz memu zapatrywaniu o niekorzystnym wpływie tej instytucji dla swobodnego rozwoju samorządu adwokackiego*). Postanowienia dotyczące ustroju Rady Naczelnej i jej Wydziału wykonawczego utwierdzają mnie w przekonaniu, że głos i wola adwokatów warszawskich będą zawsze decydujące we wszystkich sprawach

*) Zob. mój artykuł p. t. Samorząd adwokacki, a Naczelna Rada Adwokacka w styczniowym zeszycie Głosu Adwokatów 1932.

a więc i w sprawach lokalnych, których ci adwokaci z natury rzeczy nie znają i znać nie mogą.

Żałować należy, że Rząd zmienił co do tej kwestji zapatrywanie, któremu dał wyraz w swym pierwszym projekcie przedłożonym Sejmowi, a następnie wycofanym usuwając zupełnie instytucję Rady Naczelnej, a wprowadzając w jej miejsce stałe i perjodyczne konferencje, w których uczestniczyć mieli dziekani, wicedziekani i sekretarze izb adwokackich oraz prezesi sądów dyscyplinarnych i ich zastępcy, a których zadaniem miało być skoordynowanie prac poszczególnych Izb i ujednostajnienie zasad wykonywania samorządu. Konferencje takie mogłyby oddać samorządowi adwokackiemu dobre usługi bez zbytecznego krępowania go, zwłaszcza gdyby się konferencjom tym także dało prawo ustalania zasad etyki zawodowej.

III. Przechodząc do omówienia zasadniczych wad nowego prawa o ustroju adwokatury uważam za istotną wadę ustawy ograniczenie funkcji samorządu adwokackiego do zastępstwa interesów zawodowych z pominięciem zupełnem działalności opinjodawczej i wnioskodawczej w odniesieniu do stanu ustawodawstwa i wymiaru sprawiedliwości, mimo że ord. adwokackie dotąd obowiązujące na ziemiach polskich wszystkich 3 zaborów, taką działalność Izb adwokackich przewidują (zob- § 27 lit. e) f) oraz § 28 lit. f) austr. ord. adw., — § 50 niem. ord. adw. art. 28 lit. j) oraz art. 31 lit. j) k)Statutu tymcz. z r. 1919). Działalność ta leży w najoczywistszym interesie ogólnopaństwowym, jakoteż w interesie wymiaru sprawiedliwości i nie godziło się wyeliminować korzystny wpływ, jaki ta działalność stanu adwokackiego, rozporządzającego olbrzymim kapitałem doświadczenia i wiedzy naukowej zdolną jest wywrzeć na ustawodawstwo i wymiar sprawiedliwości. Przyznanie w art. 48 l. 5 Naczelnej Radzie Adwokackiej prawa wydawanie opinji o projektach ustowodawczych, bez potrzeby zasiągnięcia opinji rad adwokackich nakazanego w statucie tymcz. dla Palestry, oraz tylko na wezwanie Ministra Sprawiedl. nie jest chyba wystarczające.

Najpoważniejsze zastrzeżenie jednak budzić musi stworzenie przez ustawodawcę uprzywilejowanej kategorji kandydatów do stanu adwokackiego, którzy każdej chwili mogą porzucić urząd przez siebie piastowany i bez wykazania się aplikacją adwokacką oraz egzaminem adwokackim muszą być wpisani na listę adwokatów. Są to osoby wymienione w art. 10 oraz art. 11 l. 3. Prawa o ustroju adwokatury, a mianowicie osoby które mają conajmniej 2 lata służby na stanowiskach sędziego, prokuratora, wiceprokuratora lub podprokuratora sądów powszechnych, wojskowych i administracyjnych jak również ci, którzy odpowiadają warunkom wymaganym dla objęcia stanowiska sędziego i mają conajmniej 2 lata państwowej służby referendarskiej na stanowiskach o charakterze prawniczym. Nie ulega

kwestji, że żadnemu obywatelowi nie może być wzbronionem w każdem stadjum życiowem przejść z jednego zawodu do innego, który mu bardziej odpowiada, — atoli winien on odpowiadać tym wymogom, które dla tych, którzy się danemu zawodowi poświęcają, są przepisane. Ta zasada szczególnie winna być przestrzegana przy przejściu wyż wymienionych osób do adwokatury, skoro w interesie państwa praworządnego i społeczeństwa leży aby rzecznicy prawni byli należycie do swego zawodu przygotowani.

Zwolnienie sędziego lub urzędnika referendarskiego od aplikacji adwokackiej z tej racji tylko, że dwa lata urząd ten spełniał, polega na nienależytem zrozumieniu istoty pracy adwokackiej i różnicy zasadniczej między pracą adwokata a sędziego. Sędzia bada sprawę i stosuje ustawę bez względu na strony, które go nie obchodzą. Inaczej adwokat, ten bada sprawę i strony i stara się o wykładnię ustawy taką, która odpowiada interesowi prawnemu jego klijenta; dla adwokata los strony nie jest obojętny, a wczuwanie się w położenie strony jest często warunkiem należytej obrony jej interesów. Sędzia i każdy inny urzędnik referendarski chcąc zostać adwokatem musi zmienić swoje nastawienie i sposób pracy. Tę zaś zmianę nastawienia daje właśnie aplikacja adwokacka i dlatego jest ona także konieczną dla sędziów, a tem więcej dla urzędników referendarskich państwowych chcących przejść do adwokatury.

Na założeniu, że aplikacja sądowa nie może zastąpić aplikacji adwokackiej opiera się też art. 104 wedle którego do 5-letniej aplikacji adwokackiej wolno wliczyć nie więcej jak 2 lata aplikacji sądowej.

Również nie należało zwolnić osób w art. 9 i art. 11 1.3 od obowiązku składania egzaminu adwokackiego przepisanego w ustawie dla każdego ubiegającego się o wpis na listę adwokatów. Egzamin sędziowski złożony nie przed dziekanem Izby lub tegoż zastępcą, nie pod kątem uzdolnienia kandydata do wykonywania adwokatury i nie po odbyciu aplikacji adwokackiej, nie może zastąpić egzaminu adwokackiego, którego zakres jest zresztą szerszy niż zakres egzaminu sędziowskiego i obok znajomości wszystkich dziedzin prawa, koniecznej do wykonywania adwokatury (art. 111) ma wykazywać uzdolnienie do redagowania aktów prawnych i kautelarnego zabezpieczenia praw kontrahentów, co wynika z zadań adwokatury określonych w art. 16.

Poza wyż wymienionemi względami rzeczowemi przemawiają przeciw ułatwieniu przystępu do adwokatury sędziom i innym urzędnikom w ustawie wymienionym ważne względy państwowe i społeczne. Nie ulega bowiem najmniejszej wątpliwości, że ułatwienia te niejednego z młodych sędziów, który mógłby sądownictwu ważne oddać usługi, zachęci do opuszczenia służby sędziowskiej i szukania szczęścia w wolnym zawodzie ad-

wokackim. Odbije się to niekorzystnie zarówno na sądownictwie które cierpieć będzie na chroniczny brak sił sędziowskich jakoteż na adwokaturze, w której powiększy się przepełnienie i nastąpi pauperyzacja pociągająca za sobą obniżenie powagi stanu adwokackiego. Tak więc ułatwienie przystępu do adwokatury nie wyjdzie na korzyść ani państwu ani społeczeństwu, potrzebującemu rzeczników prawnych cieszących się należytą powagą. Ułatwienia w mowie będące nie leżą nawet w dobrze zrozumianym interesie sędziów, dla których ułatwienia te zostały dopuszczone. Pokusa opuszczenia służby i szukania szczęścia w „raju“ adwokackim będzie dla niejednego wielka, ale rozczarowanie jeszcze większe, gdy się przekona, że przez to otwarcie na oścież bram do adwokatury, nie jest ona w stanie dać choćby tak skromne utrzymanie, jakie daje najskromniejszy urząd.

Uprzywilejowanie przez ustawodawcę osób wymienionych w art. 10 na niekorzyść rodzennych adwokatów nie polega jedynie na ułatwieniu im przystępu do adwokatury przez zwolnienie ich od wymogu aplikacji adwokackiej i egzaminu adwokackiego, ale idzie niestety znacznie dalej. I tak w związku z przewidzianą w art. 14 ustęp pierwszy, władzą Ministra Sprawiedliwości zamknięcia na pewien czas listy adwokatów w pewnej miejscowości po wysłuchaniu opinji Naczelnej Rady Adwokackiej, zawiera ustęp 2 tegoż artykułu zastrzeżenie, że zamknięcie to nie może dotyczyć osób wymienionych w art. 10. A więc ten, który całe życie strawił na adwokatuze, nie będzie mógł przenieść się do miejscowości dotkniętej zamknięciem przez Ministra Sprawiedliwości, natomiast dla tego, który po 2 czy więcej latach służby sędziowskiej zechce się przenieść do adwokatury, miejscowość ta będzie stała otworem. To postanowienie wywołało słusznie wielkie rozgoryczenie w sferach adwokackich które odczuwają je jako cios wymierzony całej adwokaturze, tem więcej, że postanowienie to pozostaje w sprzeczności ze samym celem, jaki czasowe zamknięcią listy w pewnej miejcowości ma osiągnąć.

Już to samo, że ustawa nadając Ministrowi Sprawiedl. nieograniczoną władzę zamykania list adw. aż na obszarze 10 okręgów sądowych, nie zawiera żadnego słowa któreby wskazało na cel tego zamknięcia, już to samo, że zamknięcie to może nastąpić po wysłuchaniu opinji Rady Naczelnej a nie na jej wniosek jak to przewidywał pierwotny projekt Rozporządzenia, musi w każdym, któremu na wolności i niezawisłości adwokatury zależy, budzić conajmniej wątpliwości co do wartości i korzyści tego przewidzianego w ustawie zamknięcia czasowego listy adwokatów w pewnych miejscowościach. Te wątpliwości musiało rozprószyć ostatnie zdanie art. 14, że rozporządzenie zamknięcia listy adwokatów w pewnej miejscowości „nie może dotyczyć osób wymienionych art. 10“. Teraz już chyba dla nikogo, a nawet dla tych, którzy się już pogodzili z zamknięciem, jako złem

koniecznem mającem zapobiec zbytniemu przepełnieniu pewnych miejscowości adwokatami, nie będzie wątpliwem, do czego zmierza to „ograniczenie“ Ministerstwa Sprawiedl. na rzecz osób wymienionych w art. 10. Wszyscy bowiem muszą dojść do wniosku że zamknięcie list adwokatów nie zmierza bynajmniej do zapobiegania skutkom zbytniego przepełnienia pewnych miejscowości, lecz tylko do wyrugowania rdzennych adwokatów dla robienia miejsca sędziom i innym osobom wymienionym w art. 10. Innego wniosku logicznego z tego postanowienia art. 14 nie można wysnuć; gdyby bowiem nic innego jak tylko zapobiegnięcie skutkom przepełnienia było celem zamknięcia, list adw. to wyjęcie z tego zamknięcia pewnej kategorji osób nie dałoby się logicznie uzasadnić. Jesteśmy przekonani że przyszła Naczelna Rada adwokacka postąpi zgodnie ze swem pierwszem i najważniejszem zadaniem stania na straży wolności i niezawisłości stanu adwokackiego i nie wyda opinji za zamknięciem jakiejkolwiek miejscowości a nie uczyni tego tem mniej, że art. 14 w obecnem brzmieniu nie da się pogodzić z zasadami sprawiedliwości i praworządności.

Zadaniem zaś ogółu adwokatów będzie dążyć wszelkiemi dopuszczalnemi siłami do usunięcia ustawy o ustroju adwokatury tych postanowień, które zagrażają bytowi moralnemu i materjalnemu stanu adwokackiego mającego do spełnienia tak ważne i doniosłe dla państwa i społeczeństwa zadanie.

Adw. Dr. FRYDERYK KURZER (Limanowa).

Odwołanie darowizny z powodu uszczuplenia zachowku.

Kwestja, jakiego roszczenia dochodzić ma dziedzic konieczny na zasadzie § 951 k. c., w szczególności, czy może żądać tylko wydania daru w naturze, czy też zezwolenia na spieniężenie rzeczy darowanej, ciągle jeszcze jest sporną. Chwiejna w tym kierunku judykatura S. N.*) naraża strony na dotkliwe straty, albowiem jeśli powód, po przejściu dwóch, a niekiedy trzech Instancji, przegra proces tylko z powodu wadliwego żądania skargi, to we większości wypadków skutkiem krótkiego terminu przedawnienia nie może już wnieść nowej skargi — nie mówiąc już zupełnie o tem, że wyłożone i przegrane koszta sporu wyczerpią niejednokrotnie cały jego zachowek, lub przynajmniej lwią jego część. Tak więc kwestja należytego sformułowania żądania skargi jest kwestją żywotną dla wszystkich

*) por. orzeczenia S. N. cytowane w artykule pod tymsamym tytułem co niniejszy Dra Steinberga w Głosie Prawa Nr. 11. z grudnia 1931.

tych w swych prawach do zachowku pokrzywdzonych, którzy zmuszeni są poszukiwać swych praw na drodze sporu — a niemniej także dla ich doradców prawnych, którzy wobec rozbieżności judykatury mają przed sobą zagadkę, do rozwiązania, której służą interesowane strony jako próbne „króliki".
Może tych kilka słów, które zamierzam skreślić na temat tego zagadnienia posłużą do wydania judykatu, mającego stanowić w przyszłości wiążącą zasadę.

Dr. Rast wypowiedział na łamach „Głosu Prawa" Nr. 6. z czerwca 1931 pogląd prawny, iż roszczenie z § 951 k. c. powinno opiewać tylko na zezwolenie na spieniężenie rzeczy darowanej, a w odpowiedzi na to ogłosił w temsamem piśmie w grudniu 1931 Nr. 11 artykuł Dr. Steinberg, który zwalcza to stanowisko prawne i wypowiada się za żądaniem skargi w kierunku wydania podarunku w naturze.

To swoje stanowisko uzasadnia Dr. Steinberg, bardzo szczegółowo i powołując się na materjały do III now., twierdzi, iż wzorem § 951 k. c. a. był przepis § 2329 k. c. niemieckiego, który również mówi o wydaniu daru „wedle przepisów o wydaniu niesłusznego wzbogacenia". Ponieważ — konkluduje Dr. Steinberg — przepisy o niesłusznem wzbogaceniu (§ 818 k. c. n.) każą zwrócić wzbogacenie w naturze i to wraz z pobranemi pożytkami, przeto nie może ulegać wątpliwości, że w myśl § 2329 k. c. n. i w ślad zatem w myśl § 951 k. c. a. podarunek należy wydać w naturze.

Aczkolwiek prawdą jest, że materjały do now. III. powołują się wyraźnie na § 2329 k. c. n. i przepis § 951 k. c. a. na nim jest wzorowany, to niemniej nie można podzielić zdania Dra Steinberga, iż podarunek ma być wydany w naturze.

Powołanie się bowiem w § 2329 k. c. n. na zasady o niesłusznem wzbogaceniu ma zupełnie inne znaczenie, i — jak to zaraz zobaczymy — zasady te wyznaje także kodeks austr. Zasadniczą charakterystyką zasad niesłusznego wzbogacenia, stanowiących istotę tej instytucji prawnej, jest:

a) by pozwany był rzeczywiście wzbogacony t. zn., by majątek jego doznał powiększenia, bądź we formie faktycznego przyrostu majątku, bądź też w tej formie, że zaoszczędził on sobie zmniejszenia majątku.

b) dwulicowość tej instytucji prawnej, polegającej na tem, że uwzględnia ona interesy obu stron. W myśl tej zasady poszkodowany nigdy nie może więcej otrzymać, niż wynosi jego szkoda, choćby wzbogacenie było większe — z drugiej strony wzbogacony nie może być nigdy obowiązany zwrócić więcej, niż wynosi jego wzbogacenie, choćby szkoda była większa. Z tych dwóch wartości — szkody i wzbogacenia — m n i e j s z a decyduje zawsze o wysokości odpowiedzialności wzbogaconego. Ponieważ szczegóły należą zresztą do nauki o niesłusznem

wzbogaceniu, wystarczy, jeśli dla zrozumienia tych zasad, wykażemy to na przykładach:

Przyjmijmy, że wzbogacony znalazł się sine causa w posiadaniu 10 kg. artykułów żywnościowych, stanowiących własność poszkodowanego. Otóż zajść mogą następujące wypadki:

a) wzbogacony sprzedał owe 10 kg. przedstawiające wartość 10 zł., za 8 zł.

b) wzbogacony ma jeszcze w posiadaniu te 10 kg.

c) wzbogacony sam je skonsumował,

d) owe 10 kg. uległy u wzbogaconego zupełnemu zniszczeniu. W wypadku pod a) wzbogacony obowiązany będzie zapłacić poszkodowanemu 8 zł. mimo że szkoda wynosi 10 zł., albowiem wzbogacił się tylko kwotą 8 zł. W wypadku pod b) wzbogacony musi zwrócić 10 kg., które posiada. W wypadku pod c) wzbogacony zapłaci równowartość, albowem gdyby nie miał owych 10 kg. poszkodowanego, musiałby sobie kupić, a ponieważ nie kupił, zaoszczędził sobie wydatek, a więc zmniejszenie majątku. Tu jeszcze zachodzi kwestja, czy wzbogacony jest obowiązany do zapłaty, jeśli przedmiot wzbogacenia stanowił artykuł zbytkowy, któregoby dla siebie nie kupował, a skonsumował go tylko z powodu wzbogacenia. Ale tę kwestję pozostawiamy narazie na uboczu. W wypadku pod d) wzbogacony wogóle nie jest obowiązany do zapłaty.

Inny przykład: wzbogacony dostaje się sine causa w posiadanie rzeczy, która jedynie umożliwia mu dokonanie wynalazku, na którym robi majątek. Wzbogaceniem jest cały majątek, który zrobił — szkoda nie przewyższa wartości rzeczy. Wzbogacony obowiązany jest zwrócić tylko rzeczywistą wartość rzeczy, bo szkoda jest w tym wypadku mniejsza.

Zasady te doznają wyjątku tylko wówczas, gdy wzbogacony znajdował się w złej wierze t. j. wiedział lub powinien był wiedzieć, że rzecz jest cudza i że dostał się w posiadanie sine causa. Wówczas to w wypadku pod a) i d) wzbogacony — aczkolwiek nim nie jest — obowiązany jest do zapłaty szkody.

W literaturze austr. istnieje jeszcze spór na temat, czy przepisy §§ 1431 do 1437 zawierają zasady niesłusznego wzbogacenia, a ogólnej instytucji o n. wzbogaceniu kodeks austr. nie zna. Na tle jednak przepisów §§ 812 do 822 k. c. n. niema w tym kierunku żadnych wątpliwości, a to zarówno ze względu na napis 24 tytułu, jak niemniej ze względu na treść tych przepisów. Trzeci ustęp § 818 k. c. n. wyraźnie postanawia: „Die Verpflichtung zur Herausgabe o d e r zum Ersatze des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist". O rozmiarach zaś odpowiedzialności wzbogaconego w złej wierze stanowi § 819 k. c. n. Postanawia on, że jeśli odbiorca znał brak prawnej przyczyny przy odbiorze, albo dowiedział się o niej później, to od tej chwili odpowiada tak, jak gdyby spór co do przedmiotu wzbogacenia zawisł w chwili,

kiedy się o braku prawnej przyczyny dowiedział. Odpowiedzialność pozwanego od chwili zawiśnięcia sporu normuje § 292 k. c. n., który zawiera postanowienia o odpowiedzialności pozwanego za pogorszenie, zniszczenie rzeczy lub innej niemożliwości świadczenia, powołując się w tym względzie na przepisy o stosunku między właścicielem a posiadaczem. Stosunek ten normuje § 989 k. c. n., który postanawia, że posiadacz od chwili zawiśnięcia sporu odpowiada właścicielowi za wszelką szkodę, powstałą z jego, t. j. pozwanego winy, z powodu której rzecz uległa pogorszeniu, zniszczeniu lub innemu przypadkowi, uniemożliwiającemu zwrot.

Otóż w przepisach tych mamy wszystkie wyżej wyłuszczone zasady niesłusznego wzbogacenia. Jeżeli więc § 2329 k. c. n. powołuje się na przepisy o niesłusznem wzbogaceniu, to ma na myśli te właśnie zasady, należące do istoty niesłusznego wzbogacenia, a bynajmniej nie wydanie rzeczy w naturze, co nie jest przy niesłusznem wzbogaceniu istotnem. W myśl więc tych zasad, obdarowany obowiązany jest do świadczenia tylko wówczas, jeśli rzecz lub jej wartość posiada, lub w inny sposób jest wzbogacony (zaoszczędził sobie konieczny wydatek). Jeżeli ani jedno ani drugie nie zachodzi, odpowiada tylko wówczas, jeśli był w złej wierze i zaginięcie lub pogorszenie rzeczy zawinił.

Otóż now. III do austr. § 951 nie potrzebowała do treści tego §-u przejąć zdania z niem. § 2329, albowiem w k. a. przepis taki istniał już przed nowelą, a mianowicie w § 952 k. c. W myśl tego ostatniego przepisu, obdarowany, który ani rzeczy ani jej wartości nie posiada, odpowiada tylko o tyle, o ile pozbył się jej posiadania w złej wierze — a więc zasady niesłusznego wzbogacenia.

W dalszym ciągu powołuje się Dr. Steinberg na kodeks Napoleoński i szwajcarski, które dopuszczają żądania zwrotu w naturze i które również były wzorem dla now. III-ciej. Prawdą jest, że materjały do now. III. powołują się także na te właśnie kodeksy, ale przejdźmy historję powstania przepisu § 951 k. c. a., a zrozumiemy, że powołanie się na te kodeksy ma inne znaczenie. Otóż powodem znowelizowania przepisu § 951 k. c. a. było znowelizowanie przepisu § 785 k. c. a., a do tego doszło w następująey sposób:

Sąd Najwyższy we Wiedniu wydał dnia 3 czerwca 1903 judykat Nr. 157, który zawiera odpowiedź na pytanie, czy darowizny, zdziałane przez spadkodawcę za życia należy wliczać do zachowku. Judykat ten powiada, że darowizny te nie ulegają wliczeniu, a jedynie pokrzywdzony ma prawo, jeżeli naruszone zostały postanowienia § 951 w dawnem brzmieniu, dochodzić odrębnie swych praw z tego §-fu. I otóż motywa cytują taki przykład, na którym ilustrują konsekwencje tego judykatu: spadkodawca posiadał majątek, wynoszący 130.000,

a pozostawił żonę i jedno dziecko. Na kilka dni przed śmiercią daruje żonie 70.000 tak, że w chwili śmierci pozostał majątek 60.000, który spadkodawca zapisał testamentem żonie. Wówczas żona nie miała jeszcze prawa do ustawowego dziedziczenia (rok 1903), tak że ustawowa część jedynego dziecka wynosiła całe 60.000 — a zachowek połowę tj. 30.000. Otóż w myśl judykatu Nr. 157 dziecko mogło żądać od wdowy zachowku 30.000 i na podstawie § 951 w dawnem brzmieniu nadwyżkę ponad połowę z tego, czem spadkodawca rozporządził za życia tj. 5.000, gdyż mógł rozporządzać tylko kwotą 65.000, a rozporządził kwotą 70 000. Razem więc w myśl judykatu otrzymałoby dziecko zachowek 30 000 plus nadwyżkę z darowizny 5.000, czyli 35.000. Gdyby zaś do obliczenia wysokości zachowku wliczono darowiznę 70.000 i majątek, którym rozporządził na wypadek śmierci 60.000, podstawę do obliczenia zachowku stanowiłaby kwota 130.000, a zachowek połowę tj. 65.000. W pierwszym wypadku otrzymuje więc dziecko 35 000 — zaś w drugim 65 000. Oczywiście znaczna różnica. W kwestji więc dopuszczalności wliczenia darowizn inter vivos do obliczenia zachowku powołali się redaktorowie noweli na art. 913 k. franc. który powiada „les liberalités, soit *par acte entre-vifs*, soit *par testament*, ne pourront excéder la moitié des biens i t. d., a więc szczodrobliwości, czy odnoszą się one do akt inter vivos, czy mortis causa, nie mogą przekraczać i t. d. Skoro — powiadają motywa — *zasadę**) taką wyznaje kodeks francuski i szwajcarski, nie ma przeszkód przejąć ją do kodeksu austr. W ten sposób redaktorowie zgodzili się na zasadę, że darowizny inter vivos mają być wliczone do zachowku i uchwalili reformę § 785 k. c. a. Kiedy już raz przyjęto zasadę, że darowizny inter vivos należy uwzględnić przy obliczeniu zachowku, konieczność reformy § 951 k. c. wyłoniła się sama przez się, albowiem § 951 k. c. obok zreformowanego przepisu § 785 k. c. nie mógł się utrzymać. Zachodziło tylko pytanie, czy pokrzywdzony w zachowku zawsze ma prawo żądać uzupełnienia zachowku od obdarowanego, czy też nie. W tym kierunku rozstrzygnęła Komisja Kodyfikacyjna, że pokrzywdzony w zachowku w pierwszym rzędzie żądać ma uzupełnienia od dziedzica testamentowego, ustawowego lub legatarjusza, a gdyby żadnego z nich nie było tj. gdyby nie pozostał żaden majątek w chwili śmierci, lub pozostały nie wystarczył na pokrycie zachowku, wówczas dopiero może pokrzywdzony skierować swoje żądanie przeciwko obdarowanemu. W ten sposób powstał nowy § 951 k. c., który postanawia, że jeśli się wlicza darowizny, a spuścizna nie wystarcza na pokrycie zachowku, wówczaą pokrzywdzony ma prawo żądać od obdarowanego wydania daru celem pokrycia brakującej kwoty.

*) por. motywa str. 234 „Alles dies führte das S. K. zu der Grundregel . .

Z genezy więc powstania przepisu § 951 k. c. wynika, że z kodeksu francuskiiego i szwajcarskiego przejęto tylko *zasadę* wliczenia darowizn inter vivos do podstawy obliczenia zachowku, a bynajmniej nie całej instytucji zachowku, która w kodeksie francuskim ma zupełnie inną postać. Przepis § 951 k. c. a. wzorowano już nie na kodeksie francuskim, ani na kodeksie szwajcarskim, lecz wyłącznie na prawie niemieckiem, a mianowicie na przepisie § 2329 k. c. n. Już z historji powstania tego przepisu § 951 k. c. widocznem jest, że roszczenie dziedzica koniecznego niczem się nie różni od innego roszczenia dziedzica koniecznego o uzupełnienie zachowku i że cała różnica polega tylko na tem, że roszczenie o uzupełnienie zachowku normalnie skierowane jest przeciwko dziedzicowi testamentowemu, ustawowemu lub legatarjuszowi, a jedynie w wypadku, kiedy nie pozostał żaden majątek w chwili śmierci spadkodawcy, roszczenie to skierowane jest przeciwko obdarowanemu. Z tego faktu, że roszczenie o uzupełnienie zachowku raz skierowane jest przeciwko dziedzicowi testamentowemu, ustawowemu lub legatarjuszowi, nie można wnioskować, że treść tego roszczenia jest za każdym razem inna, przeciwnie, fakt ten każe nam wnioskować, że chodzi o jedno i to samo roszczenie, które zależnie od tego czy pozostał majątek w chwili śmierci spadkodawcy lub nie, wystarczający na pokrycie zachowku, skierowane jest przeciwko nabywcom majątku mortis causa lub inter vivos. Ponieważ zaś pokrzywdzony w zachowku w myśl dekretu nadwornego z dnia 31 stycznia 1844 Nr. 781 nigdy niema prawa do rzeczy w naturze, a jedynie żądać może wartości pieniężnej, przeto dziedzic konieczny, bez względu na to, czy żąda uzupełnienia zachowku od dziedzica testamentowego, ustawowego, czy legatarjusza, lub od obdarowanego, żądać może tylko wartości pieniężnej. Gdy zaś zrealizowaniu tego roszczenia stoi na przeszkodzie akt darowizny, zdziałany przez spadkodawcą za życia, przeto może on żądać, aby obdarowany zezwolił mu na zrealizowanie jego pretensji tak, jak gdyby darowizny nie było.

O tem, że roszczenie z § 951 k. c. nie jest niczem innem niż roszczeniem o uzupełnienie zachowku świadczą słowa z motywów do now. III-ciej, a mianowicie na str. 240:... da § 951 a. b. G. B. *formell* nicht von einer Forderung auf „Ergänzung des Pflichteils spricht...", a więc *formalnie* nie ma mowy w § 951 o uzupełnieniu zachowku, ale *materjalnie* tak! W dalszym ciągu powiadają motywa „Nach der neuen Fassung des § 951, nach den der Anspruch gegen den Beschenkten in engstem Zusammenhange mit der „Ergänzung des Pflichteils" gebracht erscheint, dürfte i t. d.... Uzupełnienie zachowku pozostaje więc w ścisłym związku z przepisem § 951 k. c.

a) W dalszych wywodach autor omawianego artykułu powiada, że rzecz komplikuje się, gdy obdarowany sam jest dziedzicem koniecznym. Wprawdzie autor nie daje rozwiązania tej

komplikacji, ale domyślić się należy, że w tym wypadku obdarowany odpowiada tylko pieniężnie.*) Tak też orzekł S. N. w orzeczeniu z dnia 16. 12. 1931 III 1 Rw 782/31 (P. S. 1932/99 A).

Treść ustępu 2-go § 951, który mówi o obdarowanym jako samemu uprawnionym do zachowku, nie daje jednak żadnej podstawy do tego rodzaju interpretacji. Wszak w ustępie 2-gim § 951 k. c. bynajmniej niema mowy o tem, że jeśli obdarowany jest sam uprawniony do zachowku, to wówczas odpowiada on *inaczej*, a jedynie jest tam mowa o *rozmiarach* odpowiedzialności Tak samo zresztą 3-ci ustęp zawiera postanowienia o rozmiarach odpowiedzialności. Z faktu jednak, że ktoś odpowiada za *mniej*, nie można jeszcze wnioskować, że odpowiada on *inaczej*. Interpretacja taka jest zupełnie dowolna i nie znajduje uzasadnienia w ustawie.

b) Dr. Steinberg twierdzi dalej, że przepis § 951 opiera się na milczącem założeniu, iż darowana rzecz jest niezużywalna. Uważa on, że jeśli chodzi o rzeczy ruchome, które przeważnie są zużywalne, roszczenie może być tylko pieniężne. Tekst ustawy jednakowoż nie daje żadnej podstawy do tego rodzaju interpretacji, albowiem § 951 — mówiąc o darowiznach, nie rozróżnia między rzeczą zużywalną lub niezużywalną, albo między rzeczy ruchomą lub nieruchomą. Jeżeli handlarz bydłem na kilka dni przed śmiercią podarował parę wołów i nic więcej nie pozostawił, to darowizna taka nie może być inaczej traktowana niż każda inna darowizna i w myśl wywodów autora dziedzice koniecznie winni żądać wydania n. p. po 1/7 części z pary wołów.

Otóż — n. z. tego rodzaju interpretacja ustawy, opisana pod a) i b) wywołaną została sztucznie przez wtłoczenie do ustawy czegoś, czego ona nie zawiera, a stała się ona konieczną, gdyż w tych właśnie dwóch wypadkach nasuwały się liczne trudności przy żądaniu wydania daru w naturze.

Jeżeli obdarowany poczynił wkłady w przedmiot darowany wówczas — zdaniem dra Steinberga — pokrzywdzony ma wartość wkładów potrącić od sumy należnego zachowku i w następstwie żądać odpowiednio niższych części ułamkowych gruntu. To wydaje się również naciągane. Pozwany, który zaskarżony jest o wydanie rzeczy, może zarzucić, iż poczynił na nią wkłady i w myśl § 471 k. c. uprawniony jest do zatrzymania rzeczy.

---

*) wyrażenie, użyte także w orzeczeniu S. N., że uprawniony do zachowku odpowiada pieniężnie, nie jest ścisłe. Pieniężnie odpowiada ten, kto z mocy wyroku może być zmuszony do zapłaty pewnej sumy pieniężnej. Jeżeli żądanie skargi opiewa, że pozwany ma zezwolić na zrealizowanie pretensji powoda, to świadczenie takie ze strony pozwanego uważane jest za świadczenie in natura (Naturalleistung). Objawia się to w rodzaju tymczasowego zarządzenia. Podczas gdy dla zabezpieczenia wierzytelności pieniężnych zakaz pozbywania, obciążania i zastawiania nie jest dopuszczalny (§ 379 o. e. ustęp ostatni) — zakaz taki może być wydany, jeśli roszczenie jest skierowane na zezwolenie na zrealizowanie pretensji powoda.

Wprawdzie w tym wypadku powód nigdy nie może być oddalony z żądaniem skargi, ale sąd musi ustalić rodzaj i wysokość wkładów i może zasądzić pozwanego na wydanie rzeczy tylko za równoczesnym zwrotem wkładów. Pozwany uprawniony jest do żądania zwrotu wkładów, a powód nie może zamiast tego dać mu odpowiedniej części gruntu, choćby nawet część gruntowa objektywnie przedstawiała większą wartość, albowiem to jest aliud, na które pozwany musiałby się zgodzić (§ 1414 k. c.), nie mówiąc już o tem, że praktycznie nie jest do pomyślenia, w jaki sposób powód ma obliczyć wkłady, które poczynił pozwany! Czy ma może razem z pozwanym układać skargę? Otóż to są wszystko komplikacje, wysuwające się na tle takiego właśnie żądania skargi, nie odpowiadającego wymogom ustawy.

Niejasny jest ustęp omawianego artykułu, w którym autor opisuje sposób postępowania, jeżeli została zdziałana ważna darowizna inter vivos, ale nie było tradycji. W tym wypadku każe autor wliczyć darowiznę do czystego spadku po myśli § 785 k. c. Jest to dość niewyraźne. Jeżeli bowiem po spadkodawcy został majątek, wystarczający na zaspokojenie zachowku, wówczas darowizna, o której mowa, stanowi tylko matematyczną podstawę do obliczenia zachowku i do skargi z § 951 k. c. nie przyjdzie, wobec czego cała kwestja przestaje nas interesować. Jeśli zaś pozostały majątek nie wystarcza na pokrycie zachowku, natenczas pokrzywdzony ma prawo wystąpić ze skargą z § 951 k. c. i to bez względu na to, czy była tradycja lub nie, albowiem przedmiot darowizny nie może być wciągnięty do inwentarza spadkowego, skoro spadkodawca pozbył go za życia.

Nie podzielam wreszcie zapatrywania autora, że analogja z roszczeniem zaczepnem dlatego nie da się przeprowadzić, że w istotnym punkcie brak podstaw do analogji. W szczególności, że przy skardze zaczepnej musi być tytuł egzekucyjny, przy skardze z § 951 k. c. zaś nie i t. d. Otóż nie chodzi tu o analogię między całą instytucją skargi zaczepnej z jednej, a skargą z § 951 k. c. z drugiej strony. Oczywiście, że wymogi każdej z tych skarg są zupełnie inne i też o to tu nie chodzi. Z faktu, że w obu wypadkach żądanie skargi ma być takie same, nie wynika jeszcze, że wszystkie materjalne wymogi obu skarg muszą być jednakie. Zaznacza się przytem, że nawet nie każda skarga zaczepna ma takie samo brzmienie jak skarga z § 951 k. c., a tylko ta skarga zaczepna, której przedmiotem jest przeniesienie na przeciwnika własności rzeczy. Skarga zaczepna z powodu czynności prawnej, polegającej na cesji, będzie już miała inne brzmienie. Są zresztą w ustawie jeszcze inne wypadki, w których żądanie skargi jest podobne do żądania ze skargi zaczepnej np. skarga właściciela hipoteki przeciwko wła-

ścicielowi gruntu, który nie jest dłużnikiem osobistym.*) Z tego jednak, że zastawnik powinien sformułować żądanie skargi tak samo, jak wierzyciel zaczepny, nie wynika jeszcze, że zastawnik musi mieć tytuł wykonawczy, że ma on prawo jak wierzyciel zaczepny żądać przedłużenia terminu (§ 9 ust. zaczepnej) i tp.

Oprócz momentów, które naprowadziliśmy w odparciu tezy dra Steinberga, należy jeszcze za żądaniem skargi, w kierunku zezwolenia na spieniężenie daru, naprowadzić następujące fakta:

1) Raz ważnie zdziałany akt prawny, w naszym wypadku darowizna, nie może być nigdy przez trzecią osobę, która ani nie była, ani nie jest właścicielką przedmiotu darowizny, ani wreszcie nie występuje w charakterze prawonabywcy darującego (uprawniony do zachowku ma roszczenie osobiste, a nie wywodzi go z praw spadkodawcy) unieważniona w tem rozumieniu, że pokrzywdzony żądać może zwrotu darowizny w całości, lub części. Darowizna zdziałana wbrew przepisom o zachowku jest tylko względnie nieważna, czyli *bezskuteczna*, ale nie bezwzględnie nieważna. Bezskuteczność zaś ma ten skutek, że pokrzywdzony żądać może zaspokojenia swego roszczenia tak, jak gdyby darowizny nie było, nie może zaś żądać unieważnienia, a więc zwrotu tego, co ważnie zostało pozbyte.

2) Sama stylizacja § 951, że dziedzic konieczny może żądać od obdarowanego „wydania daru celem pokrycia brakującej kwoty" nie przemawia zatem, że chodzi tu o wydanie w naturze, czyli z zwrot darowizny, albowiem tekst zdaje się przemawiać raczej zatem, że chodzi tu o wydanie t. zn. o wręczenie darowizny w tym celu, by pokrzywdzony mógł sobie z niej pokryć brakującą kwotę. Podobnie wyraża się ustawa w § 953 k. c., który został milcząco uchylony przez ordynację zaczepną, a chyba nie można wątpić, że wyrażenie o „zwrocie darów" w § 953 k. c. ma znaczenie inne, niżby to na pierwszy rzut oka myśleć można. Jak dalece nagi tekst ustawy nie może być miarodajny dla interpretacji, świadczy np. ostatnie zdanie § 1483 k. c., które opiewa „O ile wierzytelność przewyższa wartość zastawu, o tyle może ona tymczasem zgasnąć przez przedawnienie". Zdawałoby się, że jeśli wierzyciel ma pretensję w kwocie 100 i w rękach zastaw, wartości 50, to może skarżyć tylko o 50, jeżeli jego pretensja skutkiem przedawnienia zgasła. Tymczasem tak nie jest, przeciwnie wierzyciel może skarżyć o 100, mimo że zastaw wart tylko 50, ale nie może skarżyć właściciela zastawu osobiście, choćby był osobistym dłużnikiem, bo osobista wierzytelność zgasła. Może tylko skarżyć właściciela zastawu o zezwolenie na zrealizowanie pretensji w kwocie 100 z rzeczy zastawionej, a więc znowu jak przy skardze zaczepnej (względnie jak praktyka wymaga, że ma zapłacić 100 z rzeczy zastawionej).

*) praktyka zadowalnia się żądaniem zapłaty z realności, obciążonej prawem zastawu.

3) W myśl wyraźnego przepisu § 951 k. c. obdarowany może się uwolnić od świadczenia przez zapłacenie brakującej kwoty. Jeżeli żądanie skargi będzie opiewało w ten sposób, że pozwany ma zezwolić powodowi, aby tenże swoją pretensję w kwocie n. p. 1000 ściągnął w drodze egzekucji z przedmiotu darowizny, to pozwany dobrze wie, ile ma zapłacić, aby się uwolnić od świadczenia i niedopuścić do egzekucji na przedmiocie darowizny. Również sąd ma możność częściowo oddalić powoda z żądaniem skargi i orzec, że pozwany ma zezwolić na ściągnięcie n. p. tylko 500, jeśli na podstawie przeprowadzonych dowodów nabierze przekonania, że zachowek powoda wynosi tylko 500, a nie 1000. Jeśli zaś żądanie skargi będzie opiewało, że pozwany ma wydać taką a taką część gruntu, to zajść mogą następujące wypadki:

a) albo powód poda w skardze, przez zapłatę jakiej kwoty pozwany może się uwolnić od zobowiązania, a wówczas żądanie skargi będzie zawierało facultas alternativam, uniemożliwiającą sędziemu zniżenie, albowiem jest to tylko oswiadczenie powoda, jaką kwotę gotów jest przyjąć zamiast żądanego przedmiotu, a na wysokość tej kwoty sąd nie ma wpływu;

b) albo też powód kwoty tej nie poda, a wówczas będzie ją musiał pozwany szukać w motywach wyroku, które same dla siebie nie ulegają zaskarżeniu w trybie odwołania, nie mówiąc już o tem, jaki mogą spowodować chaos w postępowaniu egzekucyjnem.

Przyznaję, że obecnie w okresie ogólnej deprecjacji dóbr żądanie wydania rzeczy darowanej w naturze może być sprawiedliwsze, niż zezwolenie na spieniężenie. Jeśli bowiem w chwili otrzymania gruntu (chwila decydująca po myśli § 794 k. c. dla oznaczenia wartości) grunt ten przedstawiał wartość 2.000, a cena ta skutkiem deprecjacji spadła do kwoty 700, zachowek zaś wynosi 1.000, to pozwany, który miałby zezwolić powodowi na ściągnięcie kwoty 1.000 z owego gruntu, albo na skutek przeprowadzonej egzekucji straci cały grunt, albo też chcąc się uwolnić od tego świadczenia — musiałby zapłacić więcej, niż cały grunt wart. W obu wypadkach z całej darowizny nic mu nie pozostaje. W tych warunkach wolałby on może nawet wydać połowę gruntu, niż zezwolić powodowi na ściągnięcie kwoty 1.000. Pamiętać jednak należy, że ustaw nie tworzy się dla czasów kataklizmu. W normalnych stosunkach wartość nieruchomości stale wzrasta, a nigdy nie spada. Fakt, że obecnie znajdujemy się w okresie katastrof gospodarczych, nie uprawnia nas do imputowania ustawie intencyj, których ona nie ma i nigdy nie miała.

Chcąc jednak uczynić zadość wymogom sprawiedliwości mamy ku temu inną drogą, odpowiadającą duchowi ustawy i bynajmniej nie ma potrzeby stwarzać coś sztucznie.

Już wyżej wykazaliśmy, że obdarowany obowiązany jest

do świadczenia „wedle przepisów o niesłusznem wzbogaceniu“. Poznaliśmy te przepisy w kodeksie niemieckim i wiemy, że obdarowany nie odpowiada za deprecjację, która powstała bez jego winy. Że obdarowany nie ponosi winy deprecjacji, jest chyba jasne. Gdy zaś odpowiada on tylko w miarę wzbogacenia, a w naszym przykładzie wzbogacony jest tylko nadwyżką ponad połowę wartości, która wynosi obecnie tylko 700, przeto odpowiada on tylko za połowę z tych 700 t. j. za 350. Takie rozstrzygnięcie będzie także sprawiedliwe wobec powoda, albowiem gdyby on otrzymał połowę rzeczy tj. gruntu, nie miałby też więcej, niż właśnie 350.

Kodeks austr. — jak już wyżej zaznaczyliśmy — nie zna ogólnej instytucji niesłusznego wzbogacenia, atoli przepis § 952 k. c. a. daje nam możność osiągnięcia tegosamego rezultatu myślowego. Ponieważ wszystkie dobra oceniamy według ich wartości, przeto zmniejszenie wartości jest identyczne z utratą fizycznej części rzeczy. Jeżeli zatem obdarowany za utratę całej rzeczy, która nastąpiła w dobrej wierze, nie odpowiada wogóle, to przy utracie części będzie odpowiadał stosunkowo mniej.

Reasumując dotychczasowe wywody, jestem zdania, że żądanie skargi z § 951 k. c. a. powinno opiewać: pozwany winien jest pod rygorem egzekucji zezwolić powodowi, aby tenże swoją pretensję z tytułu zachowku po . . w kwocie . . . w drodze egzekucji, prowadzonej na darowanym przedmiocie ściągnął.

Dr. BRONISŁAW FRÜHLING (Kraków).

„Uwagi do wykładni art. 487 i 490 K. P. K. dotyczące kwestji podpisu apelanta na zapowiedzeniu i wywodzie apelacji”.

W Sądzie Okręgowym Karnym jako odwoławczym zdarzył się następujący wypadek:

Na rozprawie apelacyjnej, przed jednostkowym sędzią odwoławczym, odrzucił sędzia wywód apelacji oskarżonego, ponieważ podpis oskarżonego na wywodzie apelacji nie pochodził z ręki oskarżonego.

Poniżej zamierzamy pokrótce zbadać, jak się przedstawia powyższy wypadek w świetle ustawy i należytej jej wykładni.

Stan faktyczny:

Oskarżony, którego Sąd grodzki zasądził w I. instancji za przestępstwo skargowo-prywatne zapowiedział i wniósł przez swego obrońcę, wywód apelacji od wyroku I-ej instancji.

Wywód apelacji podpisany był ręcznie imieniem i nazwiskiem oskarżonego, jednakże podpis ten nie pochodził z ręki tegoż, lecz umieszczony był przez obrońcę, na specjalne polecenie oskarżonego.

Sąd I-ej instancji apelację przyjął i po myśli art 488 K. P. K. strony o tem uwiadomił. Sąd odwoławczy wydał postanowienie, mocą którego wyznaczył rozprawę odwoławczą.

Na rozprawie odwoławczej, po wywołaniu sprawy, zapytał sędzia oskarżonego, czy podpis na wywodzie apelacji pochodzi z jego ręki. Oskarżony odpowiedział przecząco. *Pytanie obrońcy skierowane do oskarżonego, czy prawdą jest, że obrońca umieścił podpis na wywodzie apelacji na wyraźne polecenie oskarżonego, zostało przez sędziego uchylone.* **Sędzia ogłosił postanowienie, że apelacji się nie przyjmuje i wywód jej się odrzuca.**

Rozważanie prawne:

Na tle powyższego stanu faktycznego, zamierzamy omówić dwie kwestje. 1) Znaczenie podpisu apelanta na wywodzie apelacji. 2) Trafności rozstrzygnięcia sędziego w powyższym wypadku.

Ad. 1. Kodeks postępowania karnego nie zawiera przepisu, któryby wymagał, by wywód apelacji był podpisany przez apelującego. W praktyce wyłoniły się naogół dwa kierunki, jeden istniejący w byłym zaborze rosyjskim, wymagający dla pism procesowych podpisu, drugi w tym kierunku liberalny, stosowany przeważnie w b. zaborze austrjackim.

W ostatnim czasie ukazało się orzeczenie Sądu Najwyższego do art. 487 i 490 K. P. K. (dawne 471 i 474) powzięte w składzie 7 sędziów (orzecz. z 12 III. 1932, II. 3 K 1137—1140/31 ogłoszone w Przeglądzie Sądowym) dążące do unifikacji postępowania i uznające brak podpisu apelującego na zapowiedzeniu, lub wywodzie apelacji jako przyczynę jej nieprzyjęcia. Na podstawie tego orzeczenia odrzucił sędzia apelację w omawianym przez nas wypadku.

O ile sama teza orzeczenia nie jest szczęśliwą, to motywacja jego jest już zupełnie chybiona.

Tezę uważamy za nieszczęśliwą z tego względu, że skoro dla apelacji nie stworzono przymusu adwokackiego, ani też wyraźnego przepisu żądającego podpisu na zapowiedzeniu, czy wywodzie apelacji, to wprowadzenie w praktyce obostrzeń i formalności, nie może być uważane za trafne.

Z chwilą, jeśli ustawodawca nie stwarza przymusu adwokackiego, to musi się liczyć z tem, że strona nie mająca doświadczenia procesowego, popełnić może szereg błędów, niedopatrzeń i przeoczeń. W konsekwencji tego, zmuszony jest ustawodawca traktować formę i treść tego rodzaju środka prawnego jak najliberalniej. W tym kierunku poszedł k. p. k. Omawiane orzeczenie nie zadawala się jednak żądaniem podpisu, podaje jeszcze jego formy, i to także, że nawet dla prawnika

mogą się stać przyczyną niejednego błędu tembardziej, że kwestji co należy rozumieć przez podpis, K. P. K. nie reguluje. W tych warunkach, nie możemy już mówić o położeniu strony samej nie korzystającej z porady adwokata, bo dla niej trudności w tym kierunku przestaną istnieć dopiero po uzyskaniu odpowiedniej „rutyny“ kryminalnej. Czy jednak autorzy orzeczenia zdawali sobie sprawę z tego, że wprowadzenie tych formalności spowodować może odrzucenie całego szeregu apelacyj tych oskarżonych, którzy po raz pierwszy mają do czynienia z sądem, — ludzi na których społeczeństwu może jeszcze zależeć, — ludzi którzy może naprawdę są ofiarami pomyłki sprawiedliwości. Bo zawodowych przestępców to nie dotknie — doświadczenie karno-proceduralne należy do ich „fachu“ i nie mamy podstaw, do niedoceniania ich wiadomości w tym kierunku.

Gdyby jednak stanąć na stanowisku wymogu podpisu apelanta apelacji co możnaby uzasadnić faktem, że apelacja nie wniesiona do protokułu jest pismem, a pismo winno zawierać podpis, to mimoto życiowo chybioną jest zupełnie ta część orzeczenia, która dozwala naprawienia braku podpisu tylko w terminie przewidzianym dla wniesienia danego pisma. Motywa orzeczenia głoszą, że podpis jest „ujawnieniem woli autora na sporządzenie pisma i stwierdzenie jego treści, tudzież dorozumiane przyjęcie na siebie odpowiedzialności za tę treść“.

Naszem zdaniem ujawnieniem woli autora „ na sporządzenie pisma“ jest sam fakt sporządzenia pisma, a podpis może mieć znaczenie bądź to wykazania autora pisma, o ile w inny sposób nie jest zaznaczone od kogo pismo pochodzi, bądź to przyjęcia na siebie odpowiedzialności za treść tegoż pisma (o innych znaczeniach jako nie mających dla tych naszych rozważań znaczenia, nie wspominamy).

Jeśli już nie z zewnętrznej formy wywodu apelacji, to w każdym razie z treści jego, łatwo dojść można do wniosku, kto jest apelantem. Pozostaje więc tylko otwartą, kwestja wzięcia na siebie odpowiedzialności za treść pisma.

Uważamy, że jest to kwestja tego rodzaju, że sanacja takiego braku nastąpić może nawet wtedy, jeśli prezes wezwie stronę by w przeciągu któtkiego terminu uzupełniła ten brak, jakkolwiek termin z art. 225 czy 226 minął.

Nie wolno zapominać o tem, że po myśli art. 490 Sąd Odwoławczy (Prezes Sądu Odwoławczego,) ma badać, „czy zachodzą formalne warunki apelacji *wymagane przez kodeks niniejszy*“, a wspomnieliśmy już, że K. P. K. nie uważa podpisu za formalny warunek apelacji. Powoływanie się na motywa Komisji Kodyfikacyjnej w sprawie podpisu na pismach procesowych, nie ma większego znaczenia.

Między Komisją Kodyfikacyjną, jej motywami a ustawą, zachodzi mniej więcej taki stosunek, jak między matką, a jej płodem. Z chwilą urodzenia, płód zaczyna żyć własnem życiem,

a jaką problematyczną wartość ma orzekanie o właściwościach dziecka na podstawie znajomości charakteru matki, o tem nie trzeba chyba mówić.

Motywacja omawianego orzeczenia nie jest trafna i w dalszych punktach. Na zwyczaj można się powoływać, naszem zdaniem, o ile stwarza on dla strony jakieś uprawnienie.

Trudno uważać Sąd za stronę, a za uprawnienie odrzucenie tylu a tylu apelacyj.

Jeśliby ustawodawca wprowadził jakieś ograniczenie, a więc n. p. przepisał podpis i formę podpisu na apelacji, i wprowadzenie przepisu uzasadniał względami, na poparcie których przytoczyłby i tak już istniejący zwyczaj, to metodę taką uznać moglibyśmy za słuszną. Jeśli natomiast autorzy orzeczenia zakładają, że istnieje „prawo zwyczajowe", „że tylko pisma imienne podpisane, są zdolne wywołać pewne czynności i skutki" to należy zarzucić, że to „prawo zwyczajowe" rozumieć należy w ten sposób, że nie można żądać czynności od tego, który nie podpisał pisma, zawierającego obowiązek wykonania tych czynności, czy też rodzącego pewne skutki, a więc prawo to stwierdza szerokość granicy uprawnienia. Zobowiązanie można po stronie zobowiązanego uważać za pewne umniejszenie majątku[1]), a więc niemożność żądania pewnego świadczenia od zobowiązanego, za pewne uprawnienie dla tego ostatniego. To jest istotne dla tego prawa zwyczajowego, na które się w orzeczeniu powołano.

To, że pewna część ludzi uważa, że, aby od nich czegoś żądać na podstawie ich pisma, na to trzeba ich podpisu, nie przemawia jeszcze za tem, aby pisma, w których oni żądają pewnych ustawą im zagwarantowanych praw, a w których to pismach oni sami do niczego się nie zobowiązują, były ograniczone formalistycznie wymogiem podpisu — także dla tych, którzy tego prawa zwyczajowego nie znają.

Zupełnie nieprzekonywującą jest argumentacja orzeczenia streszczająca się w wywodach, że „gdyby autorzy K. P. K. mieli zamiar w swem liberalnem traktowaniu pism procesowych, odstąpić od przyjętego zwyczaju i dopuścić angnoninowe i kryptoninowepisma procesoweto istniałby w K.P.K. w tej mierze przepis.

Brak takiego przepisu daje przeto podstawę do wykładni, że K. P. K. dopuszcza tylko imienne pisma procesowe, w szczególności tylko podpisane zapowiedzenia i wywody apelacji.

Naszem zdaniem, brak przepisu w K. P. K. domagającego się podpisu apelanta na apelacji daje podstawę do wykładni, że skoro ustawa nie żąda podpisu, ani o nim nic nie mówi, to obojętnem jest, jakiego rodzaju podpis znajduje się na zapowiedzeniu, czy wywodzie. Tylko tych formalności możemy żądać, których ustawa żąda, a autorzy orzeczenia stoją na stanowisku, że od tych formalności jest się uwolnionym, od których przepis ustawy uwalnia, a jeśli takiego przepisu niema, to

[1]) Por. Frühling: Studja nad karną ochroną kredytu str. 42.

formalności obowiązują... chociaż ich w ustawie niema (?) — jak w naszym wypadku!

W tych warunkach napisanie apelacji stwarzałoby trudności nawet dla bardzo rutynowanych prawników.

Ani więc w ustawie, ani w życiu nie znajdujemy uzasadnienia dla tezy tego orzeczenia, w rezultacie więc mogłoby orzeczenie to stanowić tylko dodatkową nowelę o odciążeniu sądów, a to z pewnością nie było jego celem.

Kwestją formy podpisu, o której wspomina orzeczenie zajmiemy się jeszcze na innem miejscu, a teraz przechodzimy do kwestji poruszonej ad 2). Rozróżnić tu należy następujące zagadnienia: a) czy na rozprawie apelacyjnej powinno się odrzucać apelacje z powodu braków formalnych, b) czy przyjąwszy stanowisko wyrażone w orzeczeniu powyżej omówionem, podpis apelanta umieszczony na wywodzie apelacji powinien także odpowiadać wymogom stawianym przez orzeczenie.

Ad. a). K. P. K. przewidział dwa etapy, w których wywód apelacji podlega sprawdzeniu. Po myśli art. 487 bada wywód apelacji prezes, poczem przyjęty przez prezesa wywód, bada ponownie Prezes sądu odwoławczego wzgl. sąd odwoławczy na posiedzeniu niejawnem po myśli art. 490.

Wywód przyjęty przez Prezesa sądu odwoławczego wzgl. Sąd Odwoławczy nie powinien już podlegać dalszym sprawdzaniom co do strony formalnej.

Jeśli więc w omawianym przez nas wypadku istniała wątpliwość, czy podpis apelanta na wywodzie był autentyczny*) to winien był Prezes wzgl. Sąd Odwoławczy przed wydaniem postanowienia o wyznaczeniu rozprawy odwoławczej, zarządzić zbadanie tej okoliczności.

Po wywołaniu sprawy, strona formalna wywodu apelacyjnego nie powinna być więcej badana, chyba, że oskarżony sam zarzuci, że apelację wniosła osoba nieuprawniona.

Z chwilą, kiedy oskarżony na rozprawie się jawił i nie remonstrował przeciw apelacji, nie może zachodzić żadna wątpliwość, że przyjmuje odpowiedzialność za treść wywodu apelacji, a skoro w dodatku wezwani świadkowie stanęli, sprowadzono dowody rzeczowe itd. to odpada już wogóle racja badania formalności pisma apelacyjnego. Przecież proces karny nie jest jakimś postępowaniem z dokumentu! Za wielkie dobra wchodzą w nim w grę! Każden chyba przyzna, że jeśli komuś grozi np. kilkanaście lat więzienia wskutek pomyłki sądu, to nie należy odrzucać apelacji z powodu wadliwego jej podpisu!

ad b) Orzeczenie uznaje za podpis: a) jeśli autorem pisma, jest osobą piśmienna, własnoręczne wypisanie przez nią jej

---

*] Jakkolwiek nadal stoimy na stanowisku, że kwestja ta nie powinna odgrywać roli, ze względu na przepisy k. p. k. i ze względu na konieczność zerwania z formalistyką w procedurze kyrnej, na rzecz kierunku liberalniejszego dla oskarżonego.

imienia i nazwiska, ewentualnie samego tylko nazwiska (choćby w skrócie) i b) w razie, jeśli autorem pisma jest osoba niepiśmienna, lub całkowity analfabeta, albo nie mogąca się podpisać (naprz. z powodu kalectwa, choroby i t. p.) takież własnoręczne podpisanie pisma przez osobę trzecią z wyraźnym jednak zaznaczeniem, że uczyniła to za niepiśmiennego, lub nie mogącego się podpisać autora z jego upoważnienia. Wszelkie surogaty podpisu, jak kryptonimy, pseudonimy, inicjały facsimile, podpisy czynione pismem maszynowem i t. p. z zasad wyżej przytoczonych są niedopuszczalne.

Za podpis uznaje zatem orzeczenie to, co na podstawie prawa zwyczajowego, na które się w pierwszej części autorzy orzecenia powołują za podpis rzekomo jest uważane.

Pragnęlibyśmy tylko zauważyć, że widocznie autorzy zapomnieli o istnieniu § 886 austr. kodeksu cywilnego, który powołuje się nawet na zwyczaj odtwarzania własnoręcznego podpisu na drodze mechanicznej i dozwala takiego podpisu — tam gdzie ten zwyczaj istnieje — na umowach, dla których ustawa, lub wola stron postanawia formę pisemną, na umowach, które wogóle dochodzą do skutku przez podpisanie stron. Widocznem więc jest z tego, że i to powołanie się za zwyczaj nie jest szczęśliwe.

Dr. W. R.

Z Bibljografji

Kodeks Karny Administracyjny. (Prawo o Wykroczeniach Postępowanie Karne Administracyjne). W opracowaniu Artura Millera wiceprok. Sądu Apel. w Warszawie. **Nakładem Księgarni F. Hoesicka** Warszawa 1932. W zbiorze tym podał autor tekst prawa o wykroczeniach z załączeniem doń przepisów K. K., które stosują się do wykroczeń, oraz przepisy wprowadzające prawo o wykroczeniach, w końcu tekst przepisów o postępowaniu karnem administracyjnem wraz z przepisami związkowemi z uwzględnieniem wszystkich zmian dotychczasowych obowiązujących od 1. IX. 1932. Podobnie autor uwzględnił w tekście księgi XI. rozdz. IV. Kpk. zmiany zaszłe aż do ostatnich czasów wskutek wydania 2 nowel, przyczem przytoczył tu ważniejsze orzeczenia Sądu Najwyższego. Wydanie bardzo estetyczne odda niewątpliwie usługi praktyczne w stosowaniu materjalnego i formalnego prawa karnego adminis racyjnego. Szczegółowy skorowidz rzeczowy ułatwia korzystanie z powyższej pracy. Cena bardzo przystępna.

Ustrój Sądów Powszechnych. w wydaniu Hoesicka Warszawa 1932. Teksty Ustaw. Wydanie to obejmuje Rozp.Prez. Rzplt.

ż dnia 6. II. 1928, nowy tekst jednolity z uwzględnieniem wszystkich zmian dotychczasowych. Ponadto przytoczono przepisy Konstytucji traktujące o sądownictwie a na końcu umieszczony został wykaz sądów, oraz szczegółowy skorowidz rzeczowy do prawa o ustroju sądów.

Ustrój Adwokatury. W opracowaniu adw. Józefa Merlińskiego. (Wydanie Hoesicka) Warszawa 1932. Teksty Ustaw. Wydanie to zaopatrzył autor obszernym wstępem, w którym analizuje szczegółowo i krytycznie instytucje i zasady nowej ordynacji adwokackiej. Wydanie to obejmuje tekst nowej ustawy o ustroju adwokatury, taksę adwokacką obowiązującą we wszystkich trzech byłych zaborach, wykaz nowych Izb Adwokackich, oraz szczegółowy skorowidz rzeczowy.

Oba powyższe wydania ze względów praktycznych oraz z uwagi na ich niską cenę godne polecenia.

Orzecznictwo Sądów Najwyższych *w sprawach podatkowych i administracyjnych.* Miesięcznik założony i wydawany przez Wydawnictwo „Bibljoteki Prawniczej" Warszawa ul. Senatorska 6. Nie było dotychczas w Polsce wydawnictwa perjodycznego poświęconego specjalnie orzecznictwu Najwyższego Trybunału Adminiatracyjnego, Sądu Najwyższego i Trybunału Kompetencyjnego w sprawach podatkowych i administracyjnych i potrzebę takiego wydawnictwa dotkliwie odczuwano. Brak ten wypełnia obecnie powyższy miesięcznik, którego zeszyt Nr. 1. (październik 1932.) ukazał się już dla praktycznego użytku. Miesięcznik ten zaznajamia bieżąco z najnowszem orzecznictwem w dziedzinie podatkowej i administracyjnej przez podawanie tekstu orzeczeń, a w miarę potrzeby także glos do nich. Prenumerata roczna 40 zł., kwartalna 10 zł. Jak wielkie usługi odda to Wydawnictwo redagowane przez wybitnych prawników nad tem bliżej nie trzeba się rozwodzić.

Kodeks Karny 1932 w opracowaniu *Mgr. Rotbarda* w *wydaniu Księgarni Prawniczej w Warszawie* zawiera przepisy Kodeksu Karnego, prawa o wykroczeniach i przepisy wprowadzające z dodaniem utrzymanych przepisów kodeksów karnych dzielnicowych oraz skorowidza. Publikacja ta kieszonkowa nie zawiera żadnych błędów w tekście, jest b. praktyczna i doczekała się już drugiego wydania.

Kodeks karny 1932. *Komentarz Wacława Makowskiego.* I. Część ogólna. Warszawa 1932. Nakładem Księgarni F. Hoesicka. Komentarz ten wyprzedza autor, wybitny profesor i znawca nauk karnych i współtwórca Kodeksu Karnego nader cennemi uwagami wstępnemi. W nich wyłuszcza podstawy i myśli przewodnie systemu polskiego prawa karnego, nader zwięźle podaje konstrukcje poszczególnych jego urządzeń i bardzo trafnie określa samą technikę ustawodawczą obecnego Kodeksu. Komentując część ogólną K. K. (art. 1—92) więc wszystkie zasadnicze instytucje tegoż K. K., autor analizuje niemal

każdy przepis ustawy szczegółowo, dogmatycznie a nawet porównawczo w oderwaniu od judykatury, wychodząc z założenia, że Kodeks Karny jest wyrazem swoistej polskiej myśli prawniczej i wobec tego normy jego nie mogą być interpretowane głównie na podłożu obcego ustawodawstwa. Komentator przeprowadza nader szczegółową analizę poszczególnych przepisów ustawy. daje nam w swym komentarzu wykładnię syntetyczną i zwartą tak, że obecny komentarz staje się nieodzownym przewodnikiem dla każdego prawnika tak teoretyka jak i praktyka przy użyciu i stosowaniu nowego Kodeksu Karnego. Ze względu na wyjątkowo wysoki poziom i rzadką systematykę komentarza dzieło to bezcenne wprost odda usługi także polskiej nauce prawa karnego, która zasady jego będzie musiała sobie przyswoić i dotychczasowe swoje stanowisko względem problemów kryminalistyki wobec mocy obowiązującej nowego K. K. zrewidować. Dzieło to nader godne polecenia, wydane przez zasłużoną Księgarnię Hoesicka nader estetycznie w cenie przystępnej. Część szczególna komentarza ukaże się w listopadzie br.

Podręczna Tabela Porównawcza przepisów U. K. z r. 1852 i Kodeksu Karnego z r. 1932 opracował asesor sądowy *Mieczysław Poliszewski*. Nakładem adw. Dr. Jakóba Schmierera Trębowla 1932. Rzecz nader praktyczna i pożyteczna. Zestawia przepisy austr. ustawy karnej z r. 1852 z przepisami nowego Kodeksu Karnego, przy określeniu poszczególnych przestępstw podaje odpowiedniki nowych norm, właściwość władz i wymiary kary. Ze względu na okres przechodni wydawnictwo to jest dla każdego praktyka wprost niezbędne. Wyjaśnienia podane są w skrótach, co ułatwia zwięzłość porównawczą i orjentację.

Kodeks Karny i Prawo o Wykroczeniach, opracowali prok. Sądu Najwyższ. Jerzy Nisenson i wiceprok. S. O. w Warszawie Mieczysław Siewerski. Wydawnictwo Gazety Administracji i Policji Państwowej Warszawa 1932. Dzieło to obejmuje także przepisy wprowadzające oraz utrzymane w mocy z dawnych uchylonych Kodeksów Karnych. Komentarz zwięzły, oparty we wykładni głównie na motywach Komisji Kodyfikacyjnej i judykaturze Sądu Najwyższego. Przeprowadza też analogię z dotychczas obowiązującemi przepisami, objaśnia przepisy nowej ustawy zwięźle i jasno. Przejrzysty skorowidz ułatwia pożytkowanie z komentarza.

Prof. Maurycy Allerhand. Kodeks postępowania cywilnego. Lwów. „Kodeks“, Spółka wydawnicza z ogr. odp., str. 808.*]

Długo oczekiwany komentarz prof. Allerhanda ukazał się przed kilka miesiącami.

Literatura polska prawnicza wzbogaciła się o dzieło pierwszorzędnej wartości. Same nazwisko prof. Allerhanda, jednego z autorów K. p. c. mówi za siebie. Autor nie potrzebuje też recenzyj pochwalnych.

Cały szereg uwag uznać należy za nader trafne i pewnem jest, że praktyka na nich opierać się będzie. I tak n. p. do art. 3 kpc. wyjaśnia autor że interes prawny musi istnieć w czasie wydania wyroku a przyznanie pozwanego nie wystarcza.

Zasady wyrażonej w art. 51 kpc. nie można stosować wedle autora do jurysdykcji krajowej. Przy art. 64 akcentuje autor, że osoby działające imieniem spółek, stowarzyszeń i związków nie należą do zastępców ustawowych gdyż uprawnienie ich opiera się nie na ustawie, lecz na statucie, kontrakcie spółki itp. Zastępstwo adwokackie po myśli art. 86 kpc. jest wymagane również dla wniosku wedle art. 231, aby rozprawę przeprowadzono w nieobecności strony. Uprawnienie adwokatury po myśli art. 91 l. 2 do podjęcia czynności egzekucyjnych nie dotyczy sporu opozycyjnego, impugnacyjnego i o wyłączenie. Pretensji adwokata jako zastępcy strony ubogiej (art. 121) służy pierwszeństwo przedewszystkiem innemi wierzytelnościami, ale nie przed skarbem państwa. Przyznanie faktów przez przeciwnika w razie wniosku o przywrócenie terminu (art. 192) nie wiąże sądu.

W postępowaniu przed sądem apelacyjnym lub S. N. dopuszczalne jest zgodne zawieszenie postępowania (art. 206). Identyczność stron jest w myśl art. 214 l. 1. konieczną jako warunek zarzutu sprawy toczącej się, ale obojętnem jest, czy w obydwu procesach rola stron jest taką samą. W braku jurysdykcji krajowej w myśl art. 4 i 5 należy postąpić identycznie jak w przypadku niedopuszczalności drogi procesu cywilnego, tj. postępowanie umorzyć (art. 243). Trafna jest uwaga do art. 257 kpc, że wszelkie umowy dowodowe są bezskuteczne. Znakomicie został skomentowany ważny dla praktyki art. 272 kpc. prócz słów „ponad osnowę“. Zeznania osób, które nie mogą być świadkami w myśl art. 291 uważać należy jako nieistniejące. Jakkolwiek dowód z przesłuchania stron jest posiłkowym, to jednak wedle prof. A. może sąd dopuścić dowód ten przed przeprowadzeniem innych dowodów. Za nader trafne uważać należy przeniesienie w drodze analogji zasady o wymagalności roszczenia w toku sporu [art. 346] dla wszystkich innych spraw i skonstruowanie ogólnej zasady prawnej, że miarodajnym jest dla rozstrzygnięcia stan w czasie wydania roszczenia, a nie stan w czasie wytoczenia powództwa.

Do art. 418 wyjaśnia prof. A., że wszelkie zmiany wniosków i podstaw apelacji, nawet za zgodą przeciwnika są niedopuszczalne.

Wedle prof. A. art. XXVI l. 1) przepisów wprow. uchylono wprawdzie dekret z 1806 wykluczający drogę procesową przeciw urzędnikowi, nie rostrzygnięto jednak, czy urzędnik odpowiada za szkodę, swoją działalnością urzędową wyrządzoną. Przy czynnościach natury gospodarczej Państwo wedle prof. A. odpowiada za szkodę, nie odpowiada natomiast przy aktach publ.-prawnych.

Tych kilka uwag podanych przykładowo świadczy o dziele samem. Do

*] „Głos adwokatów w wrześniu 1932.

dać należy, że moc tego rodzaju głębokich i wnikliwych uwag spotykamy w tym komentarzu.

W krótkości podam te uwagi prof. A. z któremi nie zupełnie się zgadzam. Rzecz prosta, że nie wpływa to wcale na ocenę dzieła jako znakomitego Świadczy to tylko o tem, że autor tyle włożył studjów, głębokiej wiedzy i rzetelnej pracy, że myśli jego w dziele tem zawarte, muszą wpłynąć na myślenie prawnicze w Polsce.

Następujące uwagi nasuwają wątpliwości:

Art. 4 uw. 2. Pobytem nie można nazwać wedle prof. A. przejazdu cudzoziemca przez Polskę. Uważam, że pobytem nazywamy każde nawet chwilowe przebywanie, gdyż jak pobyt jest stałym wówczas mówimy o zamieszkaniu [art. 24].

Art. 4. uw. 9. Nie uważam za uzasadnione, by pod pojęcie majątku podpadał także przedmiot sporu. Majątek po myśli art. 4 i 38 musi być przedmiotem nieobjętym sporem, gdyż jeśli stanowi przedmiot sporu, trudno go uznać za majątek danej osoby.

Art. 5. uw. 2. Do członków rodziny przedstawicieli dyplomatycznych państw obcych korzystających z eksterytorjalności zalicza prof A. tylko te osoby, które mieszkają razem z przedstawicielem, jeśli zaś mieszkają oddzielnie nie używają tej ochrony. Nie wydaje mi się to uzasadnionem, gdyż jest to przywilej danej osoby a ograniczenie takie nie wynika z ustawy.

Art. 14. uw. 2. O tem, czy czynność jest handlową ma rozstrzygać wedle autora prawo dzielnicy, gdzie sąd ma siedzibę. Nie uważam kwestji tej jako procesowej, gdyż jest to kwestja materjalnego prawa, dlatego rozstrzyga o tem to prawo, któremu dany stosunek prawny podlega.

Art. 28. uw. 2. Nieletniego również w sprawie, odnośnie do której przyznaną mu jest zdolność procesów — [art. 63] należy pozywać wedle prof. A. przed sąd właściwy dla ojca, matki. Ponieważ zdolność procesową posiada każdy stosownie do swej zdolności zobowiązywania się przez umowę, a małoletni [§ 152, 246 kod. cyw. austr. art. 3 ust. 2. rozp. o umowie o pracę robotników], zdolność tę posiada, dlatego niema powodu pozywać go przed sąd ojca lub matki, lecz przed sąd jego miejsca zamieszkania. Jest to nie tylko zgodne z ustawą, ale też i praktyczne.

Art. 33. uw. 1. Pobyt przejściowy, choćby nawet dłużej trwający nie uzasadnia wedle autora właściwości sądu z art. 33. Uważam, że istota art. 33 leży w słowach „sąd miejsca jej pobytu“ i dlatego zapatrywania tego nie podzielam.

Art. 35. uw. 5. Umowy o miejsce wykonania nie musi się zdziałać wedle prof. A. na piśmie, a tylko dowód może być przeprowadzony wyłącznie a pomocą dokumentu. Nie wyobrażam sobie, jak może być przeprowadzony dowód z dokumentu, jeśli umowy nie zdziałano na piśmie.

Art. 37. uw. 4. Wedle autora przepis o właściwości sądu dla należności pełnomocnika procesowego odnieść należy także do zastępstwa w postępowaniu niespornem, egzekucyjnem lub upadłościowem. Jakkolwiek jako adwokat powinienem przyklasnąć tej interpretacji, to jednak uważam ją za nieuzasadnioną, gdyż art. 37 wspomina o należności „pełnomocnika procesowego“, a w postępowaniach innych, nieprocesowych, nie ma pełnomocnika procesowego.

Art. 38. uw. 4. Za wielkie wymagania stawia prof. A. sądowi majątku gdyż żąda, by majątek nadawał się do egzekucji w celu zaspokojenia dochodzonego roszczenia. Wystarczy, że majątek nadaje się do egzekucji. Możliwe, że autor tylko tę myśl miał zamiar wyrazić, ale słowa wyżej zacytowane mogą wywołać wątpliwości.

Art. 69. uw. 2. Wątpliwości nasuwają się również czy przy odpowiedzialności posiłkowej danej osoby na podstawie poręki, można mówić o współuczestnictwie w tem znaczeniu, że prawa i obowiązki oparte są na tej samej podstawie faktycznej i prawnej, gdyż w tym wypadku inna jest podstawa prawna i fabryczna dłużnika głównego a inna ręczyciela.

Art. 72. uw. 2. Wniesienie pozwu ma być decydującą chwilą dla prawa wniesienia interwencji głównej. Z użytych w art. 72 słów „o które sprawa się toczy" w związku z art. 214 kpc. wynika, że doręczenie pozwu musi nastąpić, gdyż inaczej sprawa się jeszcze nie toczy.

Art. 73. uw. 2. Z tych samych powodów nasuwają się wątpliwości czy interwencję uboczną można wnieść już w pozwie.

Art. 79. uw. 1. W razie wejścia interwenjenta na miejsce strony, uznaje autor orzeczenie jako wykonalne także przeciw poprzedniemu pozwanemu. Z poglądem tym się nie zgadzam, gdyż skoro interwenjent wszedł na miejsce strony, to dawnej strony w procesie już niema i orzeczenie przeciw niej nie może być wykonalne.

Wątpliwem jest dalej, czy interwenjent może za zgodą obu stron przystąpić do procesu obok strony, skoro k. p. c. przypadku tego nie przewiduje.

Art. 83. W razie wstąpienia poprzednika za zgodą powoda na miejsce pozwanego nie można wyroku uznać za wykonalny także wobec pozwanego, skoro poprzednik „wstąpił na miejsce pozwanego" i pozwany żadnego miejsca w procesie już nie zajmuje.

Art. 100. Uważam, że nie należy przyznawać kosztów stronie jawiącej się bez wezwania, nawet jeśli ją przesłuchano, a to wobec wyraźnego brzmienia art. 100.

Art. 103 Wedle prof. A. samo uznanie żądania pozwu nie wystarcza, by przyznać pozwanemu koszta, gdy pozwany nie objawia gotowości natychmiastowego uiszczenia płatnego długu. Gotowość ta jest m. zd. bez wpływu na prawo pozwanego żądania przyznania kosztów, a sprawa uiszczenia należy do egzekucji.

Art. 128 uw. 7. Pozwany nie ma prawa żądania kaucji, nie tylko, gdy uznana pretensja wystarcza na zabezpieczenie kosztów, ale również, jak twierdzi autor, gdy to przyjąć wypada, na skutek przyznania ze strony pozwanego stanowczych faktów albo na podstawie przeprowadzonych dowodów. Ustawa winna być rozumianą przedewszystkiem wedle jej dosłownego brzmienia i skoro w ust. mowa o „uznaniu", to nie można rozszerzać tego słowa na inne wypadki.

Art. 151 *uw. 2.* Za domownika uważać należy zd. m. również sublokatora, nawet zajmującego część mieszkania od reszty mieszkania oddzieloną, gdyż jest wedle słownej interpretacji domownikiem w szerszem i ciaśniejszem tego słowa znaczeniu.

Art. 168 *uw. 5.* Za szeroko interpretuje autor słowo „szczegóły życia

rodzinnego" jako przyczynę uchylenia jawności, przyjmując, że odnosi się to nie tylko do stron *ale i trzecich.*

Art. 174 *uw.* 1. Protokólant ma wedle prof. A. sam spisywać protokół, przewodniczący go tylko kontroluje, a dyktowanie protokolantowi nie powinno się odbywać. Uważam, że z użytych przez ustawę słów „pod kierunkiem przewodniczącego" wynika więcej niż tylko „pod kontrolą" i dyktowanie protokółu nie jest sprzeczne z ustawą.

Art. 200 uw. 1. Art. ten należy rozumieć wedle autora w ten sposób, że się *równocześnie* podejmuje postępowanie i wzywa zarządcę. Ze słów ustawy „może być podjęte dopiero po wezwaniu" wynika, że nie mogą to być czynności równoczesne, lecz że najpierw się wzywa zarządcę masy a potem podejmuje postępowanie. Praktyczniejszy jest sposób podany przez prof. A., ale z treści art. nie wynika.

Art. 201 *uw.* 1. Przyczyn zawieszenia postępowania dotyczących strony lub jej zastępcy ustawowego nie można zd. m. rozszerzać na pełnomocnika procesowego, szczególnie, że zastępstwo adwokackie nie jest w sądzie grodzkim obligatoryjnie, a w sądzie okręgowym nie trudno o innego zastępcę.

Art. 206 uw. 6. Wbrew poglądowi autora uważam, że w razie zawieszenia postępowania skutkiem niezawinionego niestawiennictwa można żądać przywrócenia, gdyż art. 190 mówi o mieszkaniu „czynności procesowej, do której stawiennictwo zaliczyć należy.

Art. 212 uw. 8. Jeśli wbrew art. 212$_3$ postępowanie wdrożono i nie zwrócono powodowi do rozdzielenia roszczeń, to wedle prof. A. nie można orzec co do pewnych roszczeń niewłaściwości, lecz trzeba postąpić wedle art. 239, to jest zarządzić oddzielną rozprawę. Uważam, że nie doprowadzi to do rezultatu i nawet po rostrzygnięciu tych roszczeń, dla których sąd jest właściwym, sąd będzie się musiał zająć roszczeniami, dla których jest niewłaściwym i tą niewłaściwość orzec.

Art. 216 uw. 2. Nie można określać ograniczenia powództwa jako bezwarunkowego zrzeczenia się gdyż mimo ograniczenia może powód o tą ograniczoną część żądanie rozszerzyć, czego przy zrzeczeniu się uczynić nie może.

Art. 219 uw. 7. Postanowienie sądu co do zrzeczenia się roszczenia nie można traktować pod względem procesowym, jak gdyby przyszło do osądzenia sprawy, gdyż brak takiego przepisu.

Art. 231 *uw.* 2. Nie uważam za słuszny pogląd, że o ile strona zażąda przeprowadzenia rozprawy w swej nieobecności, nie należy jej zawiadamiać o dalszych rozprawach. Strona żąda tylko, by mimo jej nieobecności rozprawę przeprowadzono, nie zrzeka się jednak zawiadomienia. Przepis ten winien być dla wygody strony pojmowany, a gdyby go interpretować jak to prof. A. podaje, strony nie korzystałyby z tego art.

Art. 239 uw. 4. Wedle tej uwagi można nawet wtedy daną pretensję przedstawić do kompenzaty, gdy nie nadaje się do załatwienia w drodze procesowej, lecz o niej orzekać można w postępowaniu administracyjnem lub polubownem. Uważam, że badanie pretensji wzajemnej nie dotyczy kwestji prejadycjalnej, lecz głównej i dlatego o wzajemnej pretensji sąd tylko wtedy orzekać może, gdy jest dla niej właściwy.

Art. 241 *uw.* 2. Nie wydaje mi się uzasadnionym pogląd, że możliwem jest oddalenie nieustalonego powództwa z powodu stwierdzonej pretensji wza-

jemnej. Uważam, że pretensja wzajemna może być kompenzowana z istniejącą pretensją, a nie z pretensją nieustaloną.

Art. 246 uw. 7. Ugoda procesowa powoduje ukończenie sporu (uw. 3) dlatego nasuwają się wątpliwości co do poglądu, że strona która twierdzi, że ugoda ta jest nieważną, może nieważności tej dochodzić w tem postępowaniu, a nie w drodze osobnego procesu. Skoro ugoda bowiem zakończyła spór, nie może ten sam sąd jej więcej badać.

Art. 290 uw. 2. Przepis ten dopuszczający dowód z świadków, w pewnych wypadkach, gdy prawo wymaga dowodu na piśmie, ma nietylko charakter procesowy, lecz mimo, że umieszczony jest w kpc. modyfikuje przepisy prawno-materjalne.

Art. 311 uw. 6. Nader trafnie jest ujętą różnica między świadkiem (podaje znane mu fakta) a biegłym (bada stan rzeczy i wydaje opinję). Niepotrzebna jest uwaga o świadku — biegłym, skoro kpc. w odróżnieniu od proc. austr. [§ 350] instytucji tej nie zna.

Art. 349 uw. 1. Prof. A. uważa, że nie jest innym przedmiotem przysądzenie kwoty pieniężnej w innej walucie. Wprawdzie niedawno S. N. stanął na tem stanowisku, ale uważam, że nie jest rzeczą sądu poprawiać stronę i o ile strona żąda w walucie krajowej, nie można jej przysądzać w walucie obcej, gdyż jest to inny przedmiot co specjalnie jest ważnem w czasach zmiany wartości pieniądza.

Art. 349 uw. 2. Nie uważam też, by sąd sam od siebie, bez żądania strony mógł przyjąć zobowiązanie przemienne lub uprawnienie przemienne, gdyż byłoby to zasądzenie ponad żądanie.

Art. 351 uw. 2. Wedle tego art. sąd stosuje normy prawa zwyczajowego skutkiem powołania się strony. Prof. A. uważa jednak wbrew temu brzmieniu, że prawo zwyczajowe winno być stosowane bez względu na to, czy się na nie powołały.

Art. 362 uw. 7. Za daleko idzie autor w interpretacji pojęcia „pracy", skoro nadaje rygor natychmiastowej wykonalności wynagrodzeniu za wykonanie dzieła. Pracę należy tu pojmować sensu stricto jako pracę najemną.

Art. 370 uw. 3. § 2 art. 370 co do treści sprzeciwu nie można pojmować jako porządkowy, skoro wedle § 3 sprzeciw nie odpowiadający temu wymaganiu sąd odrzuca.

Art. 415 uw. 5. Interpretacja § 2, że przyczyny uchylenia sąd apel. bierze z urzędu pod rozwagę jest logiczną, ale można mieć wątpliwości, czy odpowiada treści ust., skoro ta nie czyni różnicy między uchyleniem z przyczyn nieważności a uchyleniem z innych przyczyn.

Art. 446 uw. 3. Interpretacja słowa „uznał" jak również tego całego art. i zapatrywanie, że dopiero po uchyleniu przez S. N. wyroku z powodu naruszenia prawa materjalnego każda z stron może zgłosić wniosek o orzeczenie co do istoty rzeczy — utrudniłoby całe postępowanie. Wniosek taki można wraz z innymi wnioskami zaraz w skardze kasacyjnej postawić [art. 434].

Art. 505 uw. 1. Gdyby żądania swe strony mogły postawić także ustnie, a nie było koniecznem, by postawiły je pisemnie w zapisie, to nigdyby nie można zaczepić wyroku z powodu przekroczenia granic, gdyż nie wiadomo by było kiedy one przekroczone zostały.

Podane uwagi prof. A. same wskazują, ile głębokich myśli dzieło to za-

wiera. Jeśli nawet w pewnych sprawach jestem innego zdania, to rzecz prosta niema to żadnego wpływu na wartość samej pracy. Świadczy to jedynie o tem, że praca ta zawiera tyle głębokich myśli i że zmusza studjującego do zajęcia stanowiska.

Komentarz ten zawiera szereg trafnych uwag krytykujących k. p. c. [n. p. art. 1, 53^2, 61, 101^2, 145^8 [doręczenie trybem pozwu] 197^3, 244^3, 280^2, 290^2, 345^1, ^{3}, 365^5, 386^2 452^2. art. V^1, XXV^1 itd.]. Tych krytycznych uwag wykazujących błędy redakcyjne lub sprzeczności możnaby więcej wyliczyć. Żywimy nadzieję, że autorzy noweli z uwag tych skorzystają i k. p. c. poprawią.

Z dzieła tego wynika, że autor jest znakomitym znawcą procedury, zarówno teoretykiem jak i praktykiem. Autor definiuje cały szereg instytucji oraz oraz pojęć [art. 3^3,^{5}, 136^1, 217^1, 219^1, 254^1, 269^1,311^6, 322^2]. Uwagi te zastąpić mogą często wyjaśnienia zawarte w systematycznych podręcznikach procedury. Jakkolwiek autor unika powoływania się, czy to na zapatrywania teoretyków, czy też na orzeczenia S. N., to jednak czytelnik łatwo pozna, w jakim stopniu prof. A. zużytkował je w swem dziele np. [art. 37^1, 73^1, 206^3 217^4, 232^8].

Czasem życzyćby należało, by dana instytucja została szerzej umówiona [art. 69, 397], jakkolwiek podane uwagi dobrze je wyświetlają.

Wykazy terminów z objaśnieniami mogą oddać wielką przysługę i ułatwiają orjentację.

Niekiedy w kilku uwagach autor syntetycznie pozuje wszystkie przepisy łączące się z tą instytucją (art. 164^1, 181^1, 189^3, 268^3, 381^2, 390^1, 426^3].

Niewiadomo dlaczego umieszczono całe prawo prywatne międzynarodowe, a prawa międzydzielnicowego, które zawiera szereg przepisów natury jurysdykcyjnej wogóle nie zamieszczono. Prawdopodobnie z uwagi na rozmiary nie podano konwencyj o obrocie prawnym przez Polskę zawartych. Przy przepisach o prawie ubogich [art. 115] i kaucji aktorycznej [art. 126] umieszczono tylko porozumienie z Grecją, mimo że Polska szereg tego rodzaju umów zawarła. Są to rzecz prosta tylko drobnostki.

Dzieło to pojmuje autor jako skrót wielkiego komentarza. Poznawszy walory tego dzieła, tem więcej z niecierpliwością oczekujemy wielkiego komentarza. Jedno można śmiało powiedzieć, że kto dzieło prof A. przestudjuje ten wniknie w treści i ducha przepisów K. p. c.

Adw. Dr. Zygmunt Fenichel.

Dr. W. R.

Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego

Orzecznictwo cywilne.

Ad § 595 p. c. *O bezskuteczności sądu polubownego z powodu przekroczenia granic zadania tegoż sądu może być tylko wtedy, gdy sąd polubowny orzekł o czem, co nie było przedmiotem zapisu.*

Przyznanie sędziemu polubownemu wynagrodzenia nie jest ani zabro-

nione, ani sprzeczne z dobrymi obyczajami, ile że spełnianie urzędu sędziego polubownego leży poza sferą jego obowiązku. (O. 22. XII. 1931. III. l. Rw. 1931/31.

Ad § 156 o. e. *Lokatorzy są wobec licytacyjnego nabywcy nieruchomości zobowiązani do płacenia komornego do jego rąk dopiero z chwilą oddania posiadania nieruchomości nabywcy licytacyjnemu przez organ wykonawczy i zawiadomienie o tem lokatorów.*

Poprzedni właściciel nieruchomości nie jest zobowiązany wobec nabywcy licytacyjnego do zwrotu pobranego od lokatorów zgóry komornego przed przyjęciem targu za czas sięgający poza dzień przybicia targu, jeżeli komorne w chwili jego pobrania było płatne. (O. 9. III. 1932 III. 1 Rw. 2865/32).

Ad art. 2 Rozp. *Prez. Rz z 16. III. 1928. Pracownika spełniającego pracę fizyczną cechują go jako robotnika, a zarazem czynności administracyjne lub nadzorcze, które go cechowały jako pracownika umysłowego, należy uważać za robotnika lub pracownika umysłowego w zależności od tego, które z powyższych prac jego zajęcia przeważają.*

Litograf wykonujący przez większą część dnia fizyczne prace litograficzne, prócz tego zaś ze względu na kwalifikacje sprawujący nadzór fachowy nad innymi robotnikami, ma być uważany za robotnika. (O. 6. IV. 1932. III. l. Rw. 57/32).

Ad §§ 837 i 839 u. c. *Po śmierci zarządcy majątku wspólnego [spadkowego] skargę o wydanie udziału w wspólnych dochodach [gotówki zaoszczędzonej wspólnie] należy skierować przeciwko masie spadkowej, a nie przeciwko osobom, którym zmarły zarządca wydał wspólne dochody, albo które samowolnie te dochody zabrały. [O. 3. II. 1932. III. l. Rw. 2224/31).*

Ad §§ 865 i 1431 u. c. *Wypłata pieniędzy [renty inwalidzkiej] osobie pozbawionej rozumu może ważnie nastąpić tylko do rąk jej prawnego zastępcy; w razie mylnej wypłaty, uskutecznionej wprost takiej osobie żądanie zwrotu oparte na przepisie § 1431 u. c. nie jest uzasadnione dla braku istnieniu ważnej zapłaty. [O. 21. XII. 1931. III. l. Rw. 2020/31].*

Ad §§ 1412 i 1414 u. c. *O ile strony wyraźnie inaczej się nie umówiły, weksel nie stanowi środka umorzenia długu, pokrytego wekslem, lecz jedynie środek zabezpieczenia, a dług w takim wypadku nie przemienia się w wyłączne zobowiązanie wekslowe. [O. 7. I. 1932. III. l. Rw. 2870/31].*

Ad § 1500 u. c. *Wiedza jednego współnabywcy o istnieniu służebności wyłącza zaufanie do ksiąg publicznych także co do innych współnabywców. [O. 24. II. 1932. III. l. Rw. 95/32].*

Ad art. 347 u. h. *Doniesienie na czasie o wadach dostawionego towaru wystarcza do zadośćuczynienia obowiązkowi z art. 347 u. h.; wyraźne postawienie towaru do dyspozycji nie jest potrzebne. [O. 25. XI. 1931. III. l. Rw. 1859/31].*

Ad §§ 19 u. hip. i 131 o. e. *Właściciel kilku odrębnych oddziałów we wspólnej własności może każdy udział z osobna obciążać i na każdy taki udział z osobna może być prowadzona egzekucja przez przymusowy zarząd. (O. 23. II. 1932. III. l. R. 38/32).*

Drukarnia Monopol, Kraków, Na Gródku 2. — Telefon 173-02.